شرح الزيادات

للإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢هـ - ١٨٩هـ

تأليف

الإمام الفقيه فخر الدين حسن بن منصور بن محمود الأوزجندي الفرغاني

المعروف بقاضي خان المتوفى ٥٩٢هـ

حقق نصوصه، وخرج أحاديثه، وعلق عليه

فضيلة الأستاذ الدكتور قاسم أشرف نور أحمد

المجلد الثاني

الأيمان - النكاح - الطلاق - العتاق - البيوع

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان

باب الإيماء والإشارة في اليمين ما كان إظهارا أو إفشاءً و ما لم يكن

في الباب فصول ثلاثة:

الأول: فصل الإظهار و الإعلام و الإفشاء و الإخفاء و الكتمان[1]، و الحكم فيه أنه يحنث بالإشارة، كما يحنث بالكتابة و الرسالة.

والثاني: الإخبار و الإقرار و البشارة، والحكم فيه أنه لايحنث بالإشارة، ويحنث بالكتابة والرسالة.

والثالث: الكلام و الحديث، والحكم فيه[2] أنه لا يحنث إلا بالتكلّم بلا واسطة[3].

[الفصل الأول]:

إذا عرفنا هذا[4] قال محمد رحمه الله:

---

(١) وألحق الكاساني في هذا الفصل "الإعلان"، و "الإسرار" أيضا، وهو الصواب، كما سيتضح من خلال مسائل الفصل الأول. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣.

(٢) "فيه" ساقط من ج و د.

(٣) الإمام العتابي أصّل لهذا الباب بقوله: أصل الباب أن الأيمان مبنية على متعارف الناس. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٦، ولايخفى أن منهج الإمام قاضي خان في الباب أدق منه وأوضح.

(٤) قوله: "إذا عرفنا هذا" ساقط من النسخ الأخرى.

رجل حلف: ليكتمنّ سرّ فلان، أو ليخفينّه، أو ليسترنّه، أو حلف: لايُظهر سرّ فلان، أو لايفشي، فأظهَر بإشارة، أو بكتابة، أو برسالة[1]، حنث في يمينه، لأن الإظهار فعل يُلازمه الظهور، فإذا حصل الظهور، بأيّ طريق حصل، يكون إظهارا[2].

وكذا الإفشاء و الإخفاء و الكتمان، و الإسرار ضد الإظهار.

وكذا لو قال: "إن أعلمتُ فلانا بسرِّك" لأن "الإعلام" فعل يلازمه العلم، والعلم كما يحصل بالكتابة والرسالة، يحصل بالإشارة تقول: علمتُ ما في قلب فلان من الحبّ والبغض؛ لأنه فعَل كذا وكذا.

و لو حلف: لايُعلِم أحدًا بمكان فلان، فقيل له: أفلان في موضع[3] كذا، فأومأ برأسه بنعم، يحنث؛ لوجود الإعلام[4].

---

(١) قوله: "فأظهر بإشارة أو بكتابة أو برسالة"، أي سأله أحد عن ذلك السر، وقال: أكان من الأمر كذا؟ فأشار الحالف برأسه، أي نعم، أو كتب إليه السر فبلغه الكتاب، أو أرسل إليه رسولا فبلغه الرسالة. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣.

(٢) إذ الإظهار إثبات الظهور، وذلك لايقف على العبارة، بل يحصل بالدلالة والإشارة، يقال: ظهر لي اعتقاد فلان، إذا فعل ما يدل على اعتقاده، وكذا الإشارة بالرأس عقيب السؤال، يثبت به ظهور المشار إليه. انظر: «بدائع الصنائع»، ٣/ ٣٥، و«الفتاوى التاتارخانية»، ٤/ ٤٧١.

(٣) وفي الف و ب: في" مكان".

(٤) لأن الإعلام: هو إثبات العلم الذي يُحَدّ: بأنه صفة يتجلّى بها المذكور لمن قامت هي به. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٣.

فإن نوى بالإعلام و الإظهار والإفشاء، الإخبار بالكتابة أو بالرسالة[1]، يُصدّق فيما بينه و بين اللّه تعالى؛ لأنه نوى محتمل لفظه، وهو الإظهار على أتمّ الوجوه، و لايصدّق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وقيل: يصدّق في القضاء أيضًا[2]، و الأول أصح[3].

وكذا لو حلف لايستخدِم فلانا، فاستخدَمه بإشارة أو غيرها، حنث، وإن لم يخدُم، لأن "الاستخدام" طلَب الخدمة، وذا يتحقّق بالإشارة، فإن استخدام الملوك والكبراء، يكون بالإشارة[4].

وفي يمين الإظهار و الإفشاء، إذا أراد أن يحصل الظهور، ولايكون حانثا[5]، فالوجه في ذلك أن يقال له: إنّا نَعُدّ عليك أشياءً وأشخاصا وأمكنة، وأنت تقول: "لا"، فإذا انتهينا إلى المحلوف عليه، فاسكُتْ، فإذا فعل كذلك، لايحنث؛ لأن الشرط هو

(١) أي نوى الإخبار بالكلام والكتابة والرسالة فقط، دون الإشارة.

(٢) قال الحاكم أبونصر محمد بن مهرويه: يصدّق في القضاء، ذكره في «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٢.

(٣) وهو اختيار الكاساني، فقال: يدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى تخصيص العموم، وإنه جائز، ولايصدق في القضاء لمخالفته الظاهر. وعزاه في «الفتاوى التاتارخانية» إلى عامة المشايخ. أنظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٢، و«ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

(٤) كذا في «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٥) و في الف و ب: "ولا يحنث".

الإظهار، وأنه فعل يقع به الظهور، ولم يوجد منه فعل[1]، وإنما حصل الظهور بسكوته واستدلالهم، فلايحنث. وهذه حيلة منقولة عن أبي حنيفة رحمه الله.

حكي أن السرّاق أخذوا أموال واحد، وحلّفوه بأيمان عظيمة أن لايُظهر سرّهم، فجاء الرجل إلى أبي حنيفة، و قَصّ عليه القِصّة، و قال: إني أراهم، و أرى أموالي في أيديهم، فقال له أبو حنيفة: هل لكَ من صديق؟ فقال: نعم، فأتاه بصديقه، فأمره أبو حنيفة رحمه الله بأن يأتيَ بأعوان السلطان عند اجتماع الناس في المسجد، و أمر الصديق أن يريَه الرجال واحدا، فواحدا، ويقول للمسروق منه: هذا الذي سَرق منك، فإن لم يكن، فيقول: لا، وإذا انتهى إلى السارق، يسكت، ولايقول شيئا، ولايحرّك رأسه، ففعلوا كذلك[2]، فظهرت أمواله ببركة عِلم أبي حنيفة رحمه الله[3].

والفصل الثاني:

إذا حلف: لايُخبر بمكان فلان، أو بسِرّه، أو لايبشّر به، فأخبر بكتاب أو رسالة، حنث؛ لأن "الإخبار" كما يتحقّق باللسان، يتحقق بالبَنَان والكتاب[4]، صح[5] أن يقال:

(١) لأن الظهور والعلم حصل من غير صنعه. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٢) و الف و ب: "كذلك".

(٣) أشار إلى هذا الكاساني بقوله: وهذه الحيلة منقولة عن أبي حنيفة، والقصة مشهورة. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٤) ذكر الإمام السرخسي فيه قاعدة: إن البيان بالكتاب كالبيان باللسان. «المبسوط» ٩/ ١٨.

(٥) في الف و ب: "يصح".

أخبرنا اللّه بكذا[1]، وإن كان ذلك بالكتاب، وأخبر اللّه رسوله عليه السّلام بالأمم الماضية، وإن كان ذلك برسالة جبريل عليه السلام[2].

وكذلك "البَشارة"[3] قال اللّه تعالى: ﴿وَبَشَّرْنَاهُ بِإِسْحَاقَ﴾[4]، وكانت على لسان الملَك.

وإن قيل له: أ فلان في مكان كذا؟ فأومأ برأسه بنعم، أو ذهب به و أوقفه على رأسه، لايحنث؛ لأن الإخبار نوع من الكلام[5].

وكذا الإقرار لايكون بالإشارة، ولهذا قلنا: إذا قُرِئ الصّكّ بين يَدي إنسان، وقيل

---

(١) قال السرخسي في أصوله: ويجوز أن يقول: أخبرنا الله بكذا، أو أنبأنا ونبّأنا. «أصول السرخسي» ١/ ٣٧٧.

(٢) يرجع للتفصيل إلى: «فتح القدير» ٤/ ٦٤، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤ و«ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

(٣) البشارة في الاصطلاح كما عرّفها الزيلعي: البشارة: "اسم لخبر سارّ صِدق ليس للمبشر به علمُه عرفا". «تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٣.

(٤) سورة الصافات، الآية: ١١٢.

(٥) قال الكاساني في تعليل هذه المسألة: إن شرط الحنث هو الإخبار، والإشارة ليست بخبر، وكذا الإيقاف على رأسه، إذ الخبر من أقسام الكلام، ألا ترى أنهم قالوا: أقسام الكلام أربعة: أمر ونهي وخبر واستخبار، ويحدّ: بأنه كلام عري عن معنى التكليف، والإشارة ليست بكلام، فلم تكن خبرا، والإيقاف على رأسه من باب الإعلام، لا من باب الخبر، وكل خبر إعلام، وليس كل إعلام خبرا. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

له: أهو كما كتب؟ فأشار برأسه بنعم، لايكون مُقِرّا، و لامُخبِرا[١].

وكذا لو حلف: لايُقِر لفلان بمال، فقيل له: ألفلان عليك ألف؟[٢] فأشار برأسه بنعم، لايصير[٣] مقرّا، ولايكون حانثا[٤].

ولو قُرِئ كتاب بين يدي إنسان، فقيل له: أهو كما قرأت عندك[٥]، فأومأ برأسه بنَعَم[٦]، ليس له أن يَروِيَ عنه "بأخبَرَنا"، و لا "بحدّثنا"[٧].

وكذلك البشارة؛ لأنها قسم من الخبر[٨].

---

(١) راجع «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤. وإن الإمام قاضي خان ذكر هذه المسائل الثلاثة هنا تأييدا لما قرّره سابقا.

(٢) وزاد في الف و ب: "درهم".

(٣) وفي الف و ب: "لا يكذن".

(٤) «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٥) و في الف و ب: "عليك".

(٦) لينتبه في هذه المسألة أن المراد هنا أنه أومأ برأسه فقط، ولم يقل: "نعم" صراحة، فإذا قال: نعم، يجوز له أن يقول: "حدّثنا"، كما ذكره قاضي خان في الفصل الثالث.

(٧) «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٨) قال الكاساني: البشارة حكمها حكم الخبر في أنها لاتتناول إلا الكلام أو الكتاب، لأنها خبر، إلا أنها خبر موصوف بصفة، وهو الخبر الذي يؤثر في بِشرة وجه المخبر له بإظهار أثر السرور. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، وانظر «ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣.

فإن نوى بالإخبار: الإعلام و الإظهار، يصدّق، لأنه نوى المَجاز، لأن الإخبار سبب للعلم و الظهور، و فيه تغليظ على نفسه[1].

وإن حلف: لايُخبر ولايبشّر، ثم خَرَس، فأومأ برأسه بنعم بعد السؤال عنه، أو كتَب كتابا، حنث في يمينه[2]، ويكون ذلك[3] إقرارًا، لأن الإشارة من الأخرس أقيمت مقام العبارة، ألاترى أنه يؤاخذ بها في الحكم.

وعن أبي يوسف: حلف[4] لايدعو فلانا، فكتب إليه، ودعا، لايحنث، لأن الكتابة ليست بدُعَاء، ولانداء[5].

وفي عُرفنا يحنث، لأن الدعاء بالإشارة و الرسالة و الكتابة، بمنزلة الدعاء بالمشافهة، يقال: "دعا الأمير عامل كذا إلى بابه"، و إن كان دعاه بكتاب.

---

(١) يحنث إذا أومأ، لأنه جعله مجازا عن الإظهار لمناسبة بينهما، وفيه تشديد على نفسه، فيصدق. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤، «فتح القدير» ٤/ ٦٤.

(٢) إذا خرس الحالف فصار بحال لايقدر على التكلم، كانت أيمانه في هذا كله على الإشارة والكتابة، إلا في خصلة واحدة، وهي أن يحلف: أن لايتكلم بسرّ فلان، فلا يحنث إلا بالتكلم، كما سيذكر الشارح في الفصل الثالث. راجع «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

(٣) "ذلك" ساقط من الف و ب.

(٤) وفي الف و ب: "فيمن حلف".

(٥) روى هشام عن أبي يوسف أنه لايحنث، وفي ظاهر الرواية أنه يحنث. «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

و رسول الله صلى الله عليه وسلّم بُعث داعيا للكلّ إلى الله تعالى، وقد دعا البعضَ بالكتاب و الرسالة، وكان داعيا للكل.

والفصل الثالث:

إذا حلف: لايتكلّم بكذا، فإنه لايحنث بالكتاب[1] والرسالة، بخلاف الإخبار؛ لأنّ التكلّم يكون بلا واسطة[2]، صحّ[3] أن يقال: "أخبَرنا الله بكذا"، ولايقال: "كلّمنا بكذا".

وموسى عليه السّلام يسمى "كليم الله تعالى"[4]، وكان مخصوصا بذلك من بين سائر الأنبياء عليهم السّلام، مع استواءهم في الإخبار والإنباء.

وكذلك الحديث لايكون إلا بالمشافهة، صحّ أن يقال: أخبرنا الله تعالى بكذا[5]، ولايقال: حدّثنا الله تعالى.

---

(١) وفي الف و ب: "الكتابة".

(٢) قال الحصكفي: الكلام والتحديث لايكون إلا باللسان، فلا يحنث بإشارة وكتابة. وقال السرخسي: الكلام لايكون إلا مشافهة، ألا ترى أن أحدا منا لايستجيز أن يقول: "كلمني الله"، وقد أتانا كتابه ورسوله، وإنما يقال: "كلّم الله موسى تكليما"، لأنه أسمعه كلامه بلا واسطة. يرجع للتفصيل إلى «ردّالمحتار» ٣/ ١٠٣، و«المبسوط» ٩/ ٢٣، و«أصول السرخسي» ١/ ٣٧٧، و«فتح القدير» ٤/ ٦٤.

(٣) في الف و ب: "يصح".

(٤) إشارة إلى ما جاء في قوله تبارك وتعالى: "وكلّمَ اللهُ موسى تكليما" سورة النساء، الآية: ١٦٤.

(٥) "بكذا" ساقط من الف.

ولو قيل له: أفلان في موضع [1] كذا؟ فقال: "نعم"، حنث في يمينه؛ لأن "نعم" تتضمّن إعادة ما في السؤال [2]، وأنه كلام الله [3]، قال اللّه تعالى: ﴿ قالوا: نعم﴾ [4].

و إن قُرئ على إنسان كتاب، و قيل له: أ هو كما قُرئ؟ فقال: نعم، صحّ أن يقال: حدّثنا.

وإن خرَس الحالف بعد ما حلف: لايتكلم ولايتحدّث، فأشار أو كتب، لايحنث؛ لأنّ ذلك ليس بكلام، وكيف يكون كلاما، والخرسُ ينافي الكلام [5]، بخلاف الإخبار والإقرار والبشارة، لأن إشارته [6] أقيمت مقام العبارة في حق [7] الأحكام.

---

(١) و في الف و ب: "مكان".

(٢) لأنه إذا قال: نعم، فقد تكلم، لأن قوله: نعم، لايستقل بنفسه، ويضمر فيه السؤال، كما في قوله تعالى: "فَهَل وَجَدتُم ما وعَدَ ربكُم حَقّا قالوا نعم" أي وجدنا ما وعدنا ربنا حقا، فقد أتى بكلام دال على المراد. «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٤.

(٣) كلمة الجلالة: "الله" ساقط من الف و ب.

(٤) سورة الأعراف، الآية: ٤٤.

(٥) لأن "الكلام" العرفي اسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم، وذلك لا يوجد في الإشارة. انظر: «بدائع الصنائع» ٤/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

(٦) كذا في الأصل، وفي ج و د: "الإشارة".

(٧) "حق" ساقط من النسخ الأخرى.

و فيما يحنث بالإشارة، إذا أشار عَقيب السؤال عن المحلوف عليه، ثم قال: لم أرِد به المحلوف عليه، يصدّق ديانةً؛ لمكان الاحتمال، ولايصدق قضاءً؛ لأنه خلاف الظاهر.

وإن لم تكن الإشارة عَقيب السؤال عنه صدّق قضاءً، إذا قال: لم أرد به ذلك، لأنه لم يوجد ههنا ما يُكذّبه[1].

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٥، و«الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٤٧٣.

باب ما يجب فيه الإطعام مكان الصيام وما لايجب

الأصل فيه: أن جواز الفدية عُرف نصاً، بخلاف القياس، لأن إقامة الإطعام مقام الصيام، أمرٌ لايَهتدي إليه العقل، لانعدام الموافقة بينهما في المعنى، فإن معنى العبادة في الصوم: الكفّ عن قضاء الشهوة، ومعنى العبادة في الطعام: سَدّ خَلّة المحتاج، ولاموافقة بينهما.

وإنما عُرف نصا، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الذينَ يُطِيقُونَه فِدْيَةٌ﴾[1] جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسيره: وعلى الذين يُطَوَّقُونه، فلايُطيقونه[2]، يعني يكلّفون به، فلايَقدرون عليه[3].

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٤.

(٢) وردت العبارة في ب كالتالي: و عن ابن عباس: "و على الذين يطيقونه فدية فلا يطوقونه أي يكلفون به".

(٣) أخرج البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقرأ: (وعلى الذين يطوقونه) مشددة، قال: يكلّفونه ولا يطيقونه، ويقول: لسيت منسوخة، هو الشيخ الكبير، والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما، فيطعمان مكان كل يوم مسكينا. صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب قوله أيا ما معدودات، ٤/ ١٦٣٨ رقم الحديث ٤٥٠٥.

وقد اختلف القراء حول هذه القراءة، يقول صاحب النشر: "إن هذه القراءة ليست من القراءات المعتبرة، حيث خالفت الرسم العثماني. وليست من القراءات العشر" (النشر: ٢/ ٢٢٦)

والنص إنما ورد بجواز الفدية بدلاً عن صوم، هوأصل بنفسه[1]، وهو صوم رمَضان عند وقوع اليأس عنه، فما كان في معناه يكون ملحقا به، وما لا فلا.

وأصل آخر: أن ما وجَب بلفظة "الإطعام" نحو كفارة اليمين، والقتل[2]، والظهار، والإفطار، وجزاء الصيد[3]، يجوز فيه طعام الإباحة؛ لأن مطلق الإطعام

والظاهر - والله اعلم - إن قراءة ابن عباس رضي الله عنهما - يطوقونه - مشددا - على سبيل التفسير لا على سبيل القراءة.

وأخرج النسائي عَن عَطَاء - عن ابن عباس: «في قوله عزوجل: "وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين" يُطيقونه: يكلّفُونه، فِدية: طعام مسكين واحد، فمن تطوّع خيرا طعامُ مسكين آخرَ ليست بمنسوخة، فهو خير له، و أن تصوموا خيرٌ لكم. لا يرخّص في هذا إلا للذي لايطيق الصيام أومريضٌ لا يُشفى» أخرجه النسائي في الصيام، في تفسير قوله تعالى: وعلى الذين يطيقونه. رقم الحديث ٢٣١٦.

(١) نصّ في آخر هذا الباب أن الفدية عرفت بدلا عن صوم هو واجب على سبيل التعيين، لا غير. فلا تجوز الفدية عن صيام للمتمتع والقارن إذا لم يجد الهدي، لأن الصوم هنا بدل عن الهدي، كما لاتجوز الفدية عن صوم للمُحرِم في كفارة الحلق عن الأذى، لأنه ليس بواجب على التعيين، بل هو مخيّر بين الصيام والصدقة والنسك. انظر ص ٢٤٤

(٢) يُلاحظ عليه أن ذكر كفارة قتل الخطأ في هذا المقام غير صحيح، لأنه لا إطعام في كفارة قتل الخطأ، وإنما هي إعتاق رقبة أو صوم شهرين متتابعين، كما في الآية: ٩٢ من سورة النساء، والغريب أن الإمام قاضي خان متنبّه إلى هذا فقد قال في ثنايا هذا الباب: "ولا يجوز الإطعام في كفارة القتل لأنه غير مذكور، ولايمكن إثبات ذلك قياسا" ص ٢٤٠، فلعله ذهول أو سبقة القلم، والله أعلم.

(٣) يشير إلى ما ورد لفظة "الإطعام" في نصوص القرآن والسنة، ففي كفارة اليمين قوله تعالى:

ينصرف إلى الإباحة، يقال: أطعَمَ فلان فلانا، ويراد به طعام الإباحة[1].

وما وجب بلفظة "الأداء" و "الإيتاء" نحو الزكاة، و العشر، وصدقة الفطر[2]،

"فكفّارتُه إطعامُ عشرةِ مساكينَ من أوسَطِ ما تُطعمُونَ أهليكُم" المائدة، الآية: ٨٩، وفي كفارة الظهار قوله تعالى: "فَمَن لم يَستَطِع فَإطعامُ ستينَ مِسكينا" المجادلة، الآية: ٤، وفي كفارة الإفطار في صوم رمضان عمدا ما جاء أن النبي ﷺ أمر رجلا أفطرَ في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين أو يُطعِم ستين مسكينا، رواه الجماعة عن أبي هريرة (نيل الأوطار ٤/ ٢١٤) وفي جزاء الصيد للمحرِم قوله تعالى: "أو كفارةٌ طعامُ مسَاكينَ" المائدة، الآية: ٩٥.

(١) ذكر الكاساني أنه مرويّ عن سيدنا عليّ كرّم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد بن كعب والقاسم وسالم والشعبي وإبراهيم وقتادة ومالك والثوري والأوزاعي رحمهم الله، فإن الإطعام في متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعَم، أي الأكل، لا التمليك، قال الله تعالى: "ويُطعمون الطعامَ على حبّه مسكينا ويتيما وأسيرا" الدهر، الآية: ٨، والمراد بالإطعام الإباحة لا التمليك، وهو الأمر المتعارف بين الناس، يقال: فلان يُطعم الطعام أي يدعو الناسَ إلى طعامه، والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى في نفس الآية: "من أوسَطِ مَا تُطعمُون أهليكُم" وإنما يطعمون على سبيل الإباحة دون التمليك، بل لايخطر ببال أحد في ذلك التمليك، فدل أن الإطعام هو التمكين من التطعم، إلا أنه إذا ملّك جاز، لأ ن تحت التمليك تمكينا، لأنه إذا ملّكه فقد مكّنه من التطعم والا كل، فيجوز من حيث هو تمكين. يرجع لتفصيل الأدلة إلى «بدائع الصنائع» ٥/ ١٠١ و «المبسوط» ٨/ ١٥١.

(٢) ورد لفظ "الإيتاء" في الزكاة، مثل قوله تعالى: "وآتوا الزكاة" وفي العُشر، مثل قوله تعالى: "وآتوا حَقّه يومَ حَصاده" الأنعام، الآية: ١٤١، وورد لفظ "الأداء" في صدقة الفطر، كما في قوله ﷺ: «أدّوا عن كل حر أوعبد، صغير أو كبير» أخرجه عبد الرزاق، و رواه أبوداؤد عن الزهري، نصب الراية ٢/ ٤٠٦.

لايجوز فيه إلاّ التمليك ؛ لأن الأداء و الإيتاء عبارة عن التمليك، لايقال لمن أطعم غيرَه طعامَ الإباحة : "أدّى إليه" .

وما ورد بلفظة "الصدقة" نحو كفارة الحلق[١]، قال محمد رحمه الله : لايجوز فيه إلا التمليك؛ لأن المنصوص عليه الصدقة، فينصرف[٢] إلى التمليك، كصدقة الفطر[٣].

ولأن الله تعالى أضافَ مطلق الصدقة إلى الفقير[٤] بلام التمليك، بقوله تعالى : ﴿إنّمَا الصَّدَقَاتُ لِلفُقَرَاءِ﴾[٥]، فلا بدّ من التمليك .

ولأبي يوسف رحمه الله : أنها[٦] كفّارة، فيجوز فيها طعام الإباحة[٧]، كما في غيرها من الكفارات، وطعام الإباحة يُسمّى صدقة أيضًا، قال عليه السّلام : «نفقة

---

(١) يشير إلى ما جاء في كفارة حلق الرأس عن عُذر للمُحرم قوله تعالى : "ولا تَحلقُوا رؤسكم حتى يَبلُغَ الهَديُ مَحِلّه فمَن كانَ مِنكم مريضاً أو به أذىً مِن رأسِه فَفِديَةٌ مِن صِيامٍ أو صدَقَة أو نُسُك" البقرة، الآية : ١٩٦ .

(٢) وفي الف و ب : "فينصرف و هو الأصح" .

(٣) لأن التصدّق تمليك فأشبه الزكاة والعشر . انظر «بدائع الصنائع»٥/ ١١٢ .

(٤) وفي الف و ب : "الفقراء" .

(٥) سورة التوبة، الآية : ٦٠ .

(٦) وفي الف و ب : "أنه" .

(٧) حتى جاز فيه التمليك والتمكين، وقال الكاساني : كذا حكى الشيخ القدوري رحمه الله الخلاف، وذكر القاضي في شرحه "مختصر الطحاوي" قولَ أبي حنيفة مع أبي يوسف . «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢ .

الرجل[1] على نفسه صدقةٌ، وعلى عيَاله صدقة»[2]، فلايتقيّد بالتمليك إلا بدليل[3].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: من عجَز عن صوم رمَضان لمرض، أو سفَر، أو حَمل، أو رضاع، بأن خافت على نفسها، أو ولدها الهلاك، كان عليه القضاء، ولايجوز له الفدية[4].

لأن بهذه العوارض لايصير الصوم مَأيوساً عنه، بل يُرجى[5] وجود عدّة من أيام أخَر، وقد ذكرنا أنه لايصار إلى الفدية إلاعند اليأس عن الصوم، بخلاف "الشيخ الفاني"[6] لأن ذلك عَجزٌ لايُرجى زواله، بل يزداد كلَّ يوم إلى أن يكون آخره الموت[7].

---

(١) وفي الف و ب: "المرء".

(٢) أخرج أبن ماجة عن المقدام بن معدي كرب عن النبي ﷺ قال: «ما من كَسبِ الرجل كسب أطيَب من عَملِ يَديه، وما أنفَقَ الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة» كتاب التجارات، باب الحثّ على المكاسب، ١/ ١٥٥، و روي عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «كل معروف صدقة، وما أنفَق الرجل على نفسه وأهله فهو له صدقة، وما وقي به عرضَه فهو صدقة» رواه الحاكم في المستدرك، في البيوع، وقال: حديث صحيح الإسناد، باب كل معروف صدقة، ٢/ ٥٠، كما رواه الدارقطني في سننه، في البيوع، ص ٣٠، وأخرج الطبراني في "معجمه" عن أبي أمامة عن النبي ﷺ، قال: «من أنفَقَ على نفسه نفقةً فهي له صدقة، ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو له صدقة» انظر: «نصب الراية» للزيلعي، ٣/ ٣٧٩.

(٣) قوله: "فلا يتقيد بالتمليك إلا بدليل".

(٤) انظر: «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، و «فتح القدير» ٢/ ٨٢.

(٥) وفي الف و ب: "ويرجى".

(٦) "الشيخ الفاني": هو العاجز عن الصوم عجزا مستمرا، قال النسفي: هو الهرم الذي فنيت قوته،

وكذلك من أفطر بعذر، أو بغير عذر، ولم يقضِ حتى عجز، وصار فانيا، جاز له الفدية؛ لوقوع اليأس.

و الفدية: نصف صاع من بُرّ، أو صاع من تمر، أو شعير، كما في صدقة الفطر.

ويجوز فيه طعام الإباحة[١]، لأنه نصّ على الإطعام[٢] مَن عليه قضاء رمضان، إذا فَرَط في القضاء حتى مرض، وأوصى بأن يطعموا عنه، فأطعموا عنه، قال: يُجزئه، إن شاء الله.

ولو أنه لم يوصِ بذلك، فلورثته أن يطعموا عنه، إن أحبّوا[٣].

وقال ابن عابدين: هو الذي فنيت قوته أو أشرَفَ على الفناء، ولذا عرّفوه بأنه الذي كل يوم في نقص. وسمّي فانيا إما لقربه إلى الفناء أو لأنه فنيت قوته. انظر: «طلبة الطلبة» ص ٥٩، «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، «العناية» ٢/ ٨٢.

(٧) يشترط لوقوع الفدية بدلا عن صوم دوامُ العجز عن الصوم، وحُدوث القوة للشيخ الفاني موهوم، فلو قدر على الصوم بعد أداء الفدية يبطل حكم الفداء، لأن شرط الخلفية استمرار العجز. راجع «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٨٣.

(١) قال الحصكفي: وهل تكفي الإباحة في الفدية؟ قولان، المشهور نعم، واعتمده الكمال بن الهمام للتنصيص على الإطعام في الفدية، انظر «فتح القدير» ٢/ ٨٣، «ردّالمحتار» ٢/ ١٢٠.

(٢) وفي و ب: "على الطعام".

(٣) أي لايلزم عليهم، فإنه لابدّ من الإيصاء لإلزام الوارث، فإن لم يوص فللوارث أن يخرجه ولايلزمه، وإذا أوصى أخرج عنه من ثلث المال. انظر «الهداية» و «العناية» على هامش فتح القدير، ٢/ ٨٤.

هكذا قال في الكتاب[1]، ولم يعلّقه بالمشيئة، ولابدّ أن يكون معلقا؛ لأن مع الأمر، لمّا كان معلقا، فعند عدم الأمر أولى، إلاّ أنه لم يذكر ذلك لظهوره.

فرّق بينه، وبين الحج، إذا مات، وعليه حَجّة، و أوصى بأن يحجّ عنه، فأحجّوا عنه، قال: يُجزئه، ولمُ يعلّقه بالمشيئة، وإن لم يوص به[2]، وأحجّ الورثة عنه بغير أمره[3]، قال: يُجزيه إن شاء الله[4].

في باب الحجّ لم يعلّقه بالمشيئة عند الأمر، و في الإطعام علّقه بالمشيئة عند الأمر؛ لأنه لم يَرِد فيه نصّ.

أما في الحج عند وجود الأمر، ورد نصّ، وهو ما رُوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلّم أنه قال للخَثْعَمِية[5]: «أرأيتِ إن كان[6] على أبيكِ دَين، فقضيته، أما كان

---

(١) أي قال محمد رحمه الله في «كتاب الزيادات» كما يظهر من سوق الكلام في «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ١٧.

(٢) "به" ساقط من الف و ب.

(٣) "بغير أمره" ساقط من الف و ب.

(٤) قاله في «كتاب الأصل» ففيه: وإذا حجّ الرجل عن أبيه أو أمه حجّة الإسلام من غير وصية أوصى بها الميت، قال: يجزيه إن شاء الله تعالى، بلغنا عن النبي ﷺ أنه قال: «أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أما قبل منك؟ فالله أحق أن يقبل». «كتاب الأصل» ٢/ ٥١١.

(٥) ورد في بعض الروايات: "امرأة من خَثْعَم"، وخثعَم بفتح الخاء المعجمة وسكون المثلثة، اسم قبيلة.

(٦) وفي الف و ب: "لو كان".

يجزئه، فقالت: نعم! فقال عليه السّلام: فَدَينُ اللّه أحقّ»[1].

جوّز رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم أداء الحج عن أبيها الشيخ الفاني بأمره، وشبّه دَين اللّه بدَين العباد، وفي دَين العباد، مَن عليه الدَين إذا أمَر غيرَه[2] بقضاء دينه، لايتخيّر صاحب الدين في القبول، و إن تبرّع غيره عنه بقضاء دَينه من غير أمره[3] يتخير صاحب الدين في القبول.

فإن قيل: في الإطعام عند وجود الأمر، وجب أن لايكون معلّقا بالمشيئة، كما في

(١) حديث صحيح، أخرجه البخاري من حديث ابن عباس في كتاب الحج، باب وجوب الحج و فضله، الحديث: ١٥١٣، وأخرجه أيضا في كتاب جزاء الصيد، باب الحج عمن لا يستطيع الثبوت على الراحلة، الحديث: ١٨٥٤، وأخرجه أيضا في الكتاب نفسه، باب حج المرأة عن الرجل، الحديث: ١٨٥٥، وأخرجه في المغازي، باب حجة الوداع، الحديث: ٤٣٩٩، وفي الاستيذان، الحديث: ٦٢٢٨، وأخرجه مسلم في الحج، باب الحج عن العاجز لزمانة وهرم ونحوهما أو للموت، الحديث: ٣٢٣٨ و٣٢٣٩، وأخرجه أبو داود في كتاب المناسك، باب الرجل يحج مع غيره، الحديث: ١٨٠٩، وأخرجه النسائي في كتاب مناسك الحج، باب: الحج عن الميت الذي لم يحج، الحديث: ٢٦٣٣، وأخرجه فيه أيضا، باب الحج عن الحي الذي لايستمسك على الرحل، الحديث: ٢٦٣٤، وفيه أيضا، باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين، الحديث: ٢٦٣٩، وفيه أيضا، باب حج المرأة عن الرجل، الحديث: ٢٦٤٠ و٢٦٤١، وأخرجه في آداب القضاة، باب الحكم بالتشبيه والتمثيل، الحديث: ٥٤٠٥ و٥٤٠٦ و٥٤٠٧، وأخرجه الإمام أحمد، ١/٣٤٦.

(٢) "غيره" ساقط من الف و ب.

(٣) "من غير أمره" ساقط من الف و ب.

دين العباد.

قلنا: تشبيه دَين الله تعالى بدَين العباد، إنما عرف في الحجّ بخبر الواحد، وأنه يُوجب العمل دون العلم، فلمكان أنه يوجب العمل، قال بالجواز، ولمكان أنه لا يوجب العلم، علّقه بالمشيئة[1].

و كلّ مريض لم يَبرأ، أو مسافر لم يُقِم، حتى مات، لاشيئ عليه؛ لأنه لم يُدرك عِدّةً من أيام أخَر[2].

فإن أوصى بأن يطعموا عنه، ومات، وجب عليهم أن يطعموا عنه من ماله[3]، لكلّ يوم نصف صاع؛ لأن تنفيذ الوصيّة حقّ على الوارث، و لوأمرهم بأن يطعموا عنه مما لايكون واجبًا عليه، تنفذ الوصيّة، فإذا أوصى بما كان واجبًا عليه، أولى.

---

(١) أوضحه الإمام السرخسي بمزيد من التفصيل فقال: فإن قيل: فلماذا قيّد الجواب بالاستثناء بعدما صحّ الحديث فيه؟ قلنا: لأن خبر الواحد لايوجب علم اليقين، فإن قيل: فقد أطلق الجواب في كثير من الأحكام الثابتة بخبر الواحد؟ قلنا: خبر الواحد موجب للعمل، ففيما طريقُه العمل أطلق الجواب فيه، فأما سقوط حجة الإسلام عن الميت بأداء الورثة، فإنه أمر بينه وبين ربه تعالى، فلهذا قيّد الجواب بالاستثناء. «المبسوط» ٤/ ١٦١.

(٢) وإن الله تعالى أوجب عليهما القضاء في عِدّة من أيام أخر، ولم يُدركا عدة من أيام أخر، فلهذا لو صحّ المريض وأقام المسافر، ولم يقضيا ثم ماتا، لزمهما القضاء بقدر الصحة والإقامة، لوجود الإدراك بهذا المقدار، وفائدة لزوم القضاء وجوب الوصية بالإطعام. انظر: «الهداية» وشرحها «العناية» ٢/ ٨٠.

(٣) أي من ثلث التركة، وهذا معروف.

وإن مات، ولم يوصِ بذلك، لايجب على الورثة أن يطعموا عنه؛ لأن الحقوق المتعلقة بالمال، كالزكاة ونحوها، لاتجب على الورثة بعد الموت، فهنا أولى، وإن أحبَّ الورثة أن يطعموا عنه لكل يوم نصف صاع، كان لهم ذلك[1].

ويستحبّ لكل وارث أن يسعى في تخليص مورثه عن دَين اللّه تعالى، كما في دين العباد.

ومَن عليه كفارة اليمين، أو القتل، إذا لم يجد ما يكفّر به، وهو شيخ كبير، أو لم يصم، حتى صار فانيا، لايجوز له الفدية؛ لأن هذا الصوم بدَل عن غيره، ولهذا لايجوز المصير إلى الصوم إلاّ عند العجز عن التكفير بالمال[2]، وقد ذكرنا أن الفدية لاتجوز إلا عن صومٍ هو أصل.

فإن مات، وأوصى بأن يكفّر عنه[3] في كفارة اليمين، كفّروا عنه بإطعام عشرة مساكين، أو بالكسوة، و في كفارة القتل كفّروا عنه بالإعتاق، لأن عند وجود الوصيّة، التركة يبقى على حكم ملك الميّت، فصار فعل الوارث بأمره، كفعله بنفسه.

---

(١) قال ابن عابدين: إن الوصيّ يُطعم عنه بعد موته عن كل واجب، من الثلث لزوما إن أوصى، وإلا جوازا، ثم نقل عن القهستاني أن الزكاة والحج والكفارة من الوارث تجزيه بلاخلاف، أي ولو بدون وصيته. «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩.

(٢) وهذا دليل على أن الصوم بدل عن التكفير بالمال، والبدل لايكون له بدل، فإذا عجز عن البدل تأخّر وجوب الأصل، وهو أحد الأشياء الثلاثة إلى وقت القدرة، لأن إيجاب الفعل على العاجز محال. «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢.

(٣) وفي الف: "عن كفاره".

وليس لهم أن يطعموا عنه مكان الصيام، لأن الميت، لو أطعم بنفسه مكان الصيام، لايجوز، فكذا الوارث.

ذكر في كفارة اليمين: الإطعام و الكسوة، ولم يذكر الإعتاق؛ لأنه ذكر التكفير، فيلزمهم أدنى ما يكفّر به، ولايلزمهم الزيادة.

وإنما ذكر الإعتاق في كفارة القتل؛ لأن كفارة القتل: الإعتاق والصوم، وتكفير غيره عنه بالصوم لايكون، فتعيّن الإعتاق.

هذا إذا أوصى، وإن كفّروا عنه بغير وصيّة يجوز تبرّع الورثة بالإطعام و الكسوة، إن شاء اللّه، ولايجوز بالإعتاق، لأن في الإعتاق إلزام الوَلاء على الميت[1]، وليس لأحد إلزام الولاء على الميّت، وليس في الإطعام والكسوة إلزام شيئ على الميت.

ولايجوز الإطعام في كفارة القتل، لأنه غير مذكور، ولايمكن إثبات ذلك قياسا.

وإنما وضع المسائل في كفارة اليمين والقتل، دون الظهار؛ لأن كفارة الظهار تسقط بموت أحدهما، لأنها لاتجب إلا عند العزم على الوطء.

المتَمتّع إذا لم يجد الهَدْي، ولم يَقدر على الصوم، لايجزئه الفدية عن الصوم، لأن الصوم هنا خلَف عن الهدي.

و كذلك في كفارة الحلق عن الأذى، إذا لم يقدر على الإطعام، و النّسك، و عجز عن الصوم، لايجوز له الفدية[2] لوجوه:

(١) انظر «فتح القدير» فقد خرّج هذه المسألة من الزيادات، ٢/ ٨٤.

(٢) انظر «ردّالمحتار» ٢/ ١٢٠.

منها: أن الصوم ليس بواجب على سبيل التعيين، بل هو مخيّر بين الصيام، والصدقة، والنسك في كتاب اللّه تعالى.

فالصيام ثلاثة أيام، والصدقة ثلاثة آصع على ستة مساكين، والنسك شاة، والفدية عُرفت بدلاعن صوم هو واجب على سبيل التعيين، لاغير(١).

ثم قد ذكرنا أن طعام التمليك مقدّر بنصف صاع، أمّا طعام الإباحة أكلَتَان مُشبعتان(٢): غَداء وعَشاء، أو غداءان، أو عَشاءان، أو عشاء وسُحور؛ لأن السحور غَداءَ؛ لِما رُوي عن رسول اللّه صلى الله عليه وسلّم أنه قال لعِربَاض بن سارية(٣)، حين

---

(١) ذكر ابن عابدين هذا الضابط بقوله: "لاتصحّ الفدية عن صوم هو بدل عن غيره"، وبناه الكاساني على قاعدة أن البدل لا بدل له، وقال الحصكفي: هذا إذا كان الصوم أصلا بنفسه وخوطب بأدائه، كصوم رمضان، وقضائه، والنذر، كما لو نذر صوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا، جازت له الفدية. راجع «ردّالمحتار» ٢/ ١١٩، ١٢٠، «بدائع الصنائع» ٥/ ١١٢.

(٢) وهذا قول عامة الفقهاء، وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاؤوس والشعبي أنه يطعمهم أكلة واحدة، والصحيح قول العامة، لأن الله عزوجل عرّف هذا الإطعام بإطعام الأهل بقوله تعالى: "من أوسَطِ ماتُطعِمُونَ أهليكم" وذلك أكلتان مُشبعتان، غداء وعشاء، كذلك هذا، ولأن الله جلّ شأنه ذكَر الأوسط، وهوأكلتان في يوم بين الجيد والرديء والسرف والقتر، وهو الأكل المعتاد في الدنيا وفي الآخرة أيضا، قال الله تعالى في حق أهل الجنة: "ولهم رزقُهُم فيها بُكرةً وعَشيا" فيحمل مطلق الإطعام على المتعارف. راجع للتفصيل «بدائع الصنائع» ٥/ ١٠٢.

(٣) عِرباض بن سارية السلَمي، رضي الله عنه، يكنى أبانجيح، كان من أهل الصفّة، سكن الشام، ومات بها، وروى عنه من الصحابة عبد الرحمن بن عمرو وجبير بن نفير، توفي في سنة ٧٥هـ، وقيل توفي في فتنة ابن الزبير. انظر: «أسد الغابة في معرفة الصحابة» لابن الأثير الجزري، برقم

دخل عليه وهو يتسحّر: «هَلُمّ إلى الغداء المبارك»[1].

والمستحبّ هو الغداء والعشاء؛ لأن السحور سُمّي غداء، إلاّ أنه ليس بغداء حقيقة، و لايُسمى غداء عادة، ولهذا لو حلف: لايتغدّى، فتسحّرَ، لايحنث.

ولو أفرط إنسان في الأكل، فأكل في الغداء أو العشاء مقدارَ أكلتين، لايجوز إلاّ عن أكلة واحدة؛ لما ذكرنا أنه مقدّر بأكلتين مشبعتين.

وعن أبي يوسف رحمه الله: من عَال يتيما، فأطعمَه وكساه، جاز أن يجعله عن زكاة ماله[2]، إلا أنه يخالف ظاهر الرواية، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية.

٣٦٢٤، ١٩/٤، ««الاستيعاب في معرفة الأصحاب» لابن عبد البر النمري القرطبي المتوفي ٤٦٣هـ، بهامش الإصابة، ٣/ ١٦٦، «الإصابة في تمييز الصحابة» لابن حجر، ١٩٦/٤.

(١) أخرج النسائي عن العِرباض بن ساريةَ قال: «سمعتُ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وهو يدعو إلى السحور في شهر رمضان، وقال: هَلمّوا إلى الغداء المبارك» رواه النسائي في الصيام، باب دعوة السحور، الحديث ٢١٦٢. وأخرجه أبو داود في الصوم، باب من سمّى السحور الغداء، الحديث ٢٣٤٤.

(٢) نقل ابن الهمام عن «الفتاوى» و«الخلاصة»: رجل له أخٌ قضى عليه بنفقته، فكساه وأطعمه ينوي به الزكاة، قال أبو يوسف: يجوز، وقال محمد: يجوز في الكسوة، لا في الإطعام، وقول أبي يوسف في الإطعام خلاف ظاهر الرواية، ويمكن بناء الاختلاف في الإطعام على أنه إباحة أو تمليك.

وفي «الكافي»: عائل يتيم أطعمَه عن زكاته صحّ، خلافا لمحمد، لوجود الركن، وهو التمليك، وهذا إذا سلّم الطعام إليه، أما إذا لم يدفع إليه لايجوز لعدم التمليك. انظر «فتح القدير» ٢/ ٢٢.

كتاب النكاح

باب النكاح على العتق وعلى التزويج والعفو عن دم العمد[1]

بنى الباب على أنّ النكاح لم يشرع بدون المهر، وما ليس بمال لايصلح مهرا[2]؛ لقوله تعالى: ﴿أن تَبتَغوا بأموالِكُم﴾[3].

(١) ورد عنوان الباب في النسخ الموجودة: "باب العتق والتزويج والعفو عن دم العمد"، والمثبت من «شرح الزيادات» للعتّابي، فإنه أوضح.

(٢) قال الكاساني في بان ما يصحّ تسميته مهرا وما لايصلح: لصحة التسمية شرائط: منها أن يكون المسمّى مالا متقوما، لقوله تعالى: ﴿وأحلّ لكم ما ورَاءَ ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ شرط إن يكون المهر مالا، فما لايكون مالا لايكون مهرا، فلاتصحّ تسميته مهرا، وقوله تعالى: "فَنصفُ ما فَرَضتُم" أمَر بتنصيف المفروض في الطلاق قبل الدخول، فيقتضي كون المفروض محتملا للتنصيف، وهو المال. «بدائع الصنائع» ٢ / ٢٧٧. وقال الإمام الكرخي: المهر لايكون إلا ما هو مال أو مايوجب تسليم مال. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٨٢.

(٣) سورة النساء، الآية: ٢٤.

والثاني: أنه إذا شرط للمرأة مع[1] المسمّى شرطا تنتفع به، فإن وجد الوفاء بالشرط، لم يكن لها إلا المسمّى[2].

وإن لم يسلّم لها الشرط، كان لها تمام مهر مثلها؛ لأنها لم ترضَ بالنقصان إلا بهذا الشرط.

وإن كان شرطا لاتنتفع به المرأة، كان لها المسمّى، سواء وفّى بالشرط أو لم يف[3]، لأنها إذا لم تنتفع بسلامته، ولاتتضرّر بفَواته، كان فَواته كسلامته.[4]

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل تزوج امرأة على عتقِ أخيها، أو على طلاق فلانة، أو على دم عَمدٍ له عليها، جاز النكاح، و وقَع الطلاق، والعتاق، والوَلاء للمولى، ويسقط الدم.

---

(١) وفي ج: "على المسمى".

(٢) راجع للتفصيل «فتح القدير» ٢/ ٤٥٨، ٤٥٩.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "أو لا".

(٤) قال العتابي عند تأصيل هذا الباب: أصل الباب أنه متى سمّى في النكاح ماليس بمال متقوم يجب مهر المثل، لأنه هو الموجب الأصلي، وإنما يجب المسمى عند صحة التسمية، فإذا لم يصحّ يصار إلى الأصل، والمرأة متى رضيت بنقصان مهر مثلها بشرط مرغوب فعند فوات الشرط يكمل مهر مثلها. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ١٨.

أما جواز النكاح فلأنّه لو تزوّجها بغير مهر يجوز[1]، فكذا إذا تزوجها بما لايصلح مهرا.

وأما وقوع الطلاق، و العتاق، و بطلان الدم فلأنه جُعِل[2] عوضا، فيتعلق نزوله بقبول العقد، وثبوت المعَوّض، كما لو قال: أعتقتُك على ألف، يتعلق نزوله بقبول الألف.

ولايقال: بأن وقوعه ضرورةَ كونِه عوضاً، وههنا لم يَصِر عوضا، فلايقع.

لأنا نقول: لما جَعَله مقابلا بالنكاح، مع أنه لايصلح مهرا، فقد علّق نزوله بقبوله، لأن المقابَلة تقتضي تعلّق كلِ واحد منهما بقبول الآخر.

ولها مهر مثلها؛ لأن النكاح لايكون بدون المهر، وما سُمّي لايصلح مهرا لانعدام المالية، فكان لها مهر المثل[3].

وكذا إذا تزوجها على أن يعتِق أخاها، أو على أن يعفوَ عنها، أو على أن يطلّق فلانة، أو على أن لايخرجها من البلد، كان لها مهر المثل، سواء وفَى بذلك[4] الشرط، أو

(١) انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٤٣٤.

(٢) وفي الف وب: "جعله".

(٣) الضابط فيه ما ذكره المرغيناني بأن تسمية ما لايصلح مهرا كانعدامه، والواجب في عدم التسمية مهر المثل. انظر «فتح القدير» ٢/ ٤٣٧.

(٤) سقط "ذلك" من النسخ الأخرى.

لم يفِ، لما ذكرنا[١].

إلاأن هنا لايقع الطلاق، و العتاق، و لايبطل الدم ما لم يطلّق، أو يعتق؛ لأن هنا[٢] الإعتاق موعود، فلاينزل إلاّ بإعتاق مستقبل[٣].

وكذا لو تزوّجها[٤] على مائة درهم، و على عتقِ أخيها، أو طلاق فلانة، أو دم عمدٍ له عليها، جاز النكاح بمائة درهم، و وقع الطلاق، و العتاق[٥]، و بطل الدم لأنها رضيت بالنقصان بهذا الشرط، وقد سلم لها[٦] الشرط.

و إن تزوّجها على مائة درهم، و على أن يعتق أخاها، أو على أن يطلّق فلانةً، أو على أن لايخرجها من البلد، أو يعفو عنها، فإن وفَى بالشرط، كان لها المائة لما ذكرنا، وإن لم يفِ، لايُجبر على الإعتاق، وإن التزم ذلك.

---

(١) انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٨.

(٢) "هنا" ساقط من الف وب.

(٣) هذا هو الفرق بين المسألتين، ففي المسألة الأولى يقع الطلاق والعتاق بنفس العقد، لأنه أوجب الطلاق هناك بالعقد عوضا، والعوض يثبت بنفس العقد، فلهذا يقع الطلاق هناك، بخلاف المسألة الثانية، لأنه شرط هنا أن يطلق، فما لم يطلق لم يقع. وانظر «المبسوط» ٥/ ٨٩.

(٤) وفي ب: "تزوج امرأة".

(٥) "والعتاق" ساقط من ب.

(٦) كذا في ب، و" لها" ساقط من النسخ الأخرى.

لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب اللّه تعالى، وإيجاب اللّه تعالى الإعتاق، لايَجري فيه القضاء والجبر، فكذلك إيجاب العبد، كما لو نذر أن يعتق عبده.

و لَها تمام مهر مثلها لأنها ما رَضيت بالنقصان إلا بشرطٍ مرغوب فيه، وهو تخليص الأخ عن ذلّ الرّق، فإذا لم يسلم لها الشرط، فَات الرّضى، فبَقي حقّها في مهر المثل.

و رَوى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما: أنه ليس لها إلا المسمّى، وإن لم يفِ؛ لأن تسمية ما ليس بمالٍ كلا تسمية، فصار كأنّه لم يسمّ إلا المائة.

والصحيح ما ذكرنا في ظاهر الرواية؛ لأنه وإن لم يكن مالاً، فهو مرغوب فيه، فلابدّ من اعتباره.

و لو تزوّجها على عتق أخيها عنها، جاز النكاح، و عتق الأخ عنها، و هو مهرها، ليس لها غير ذلك، لأنه شرط العتق عنها، والعتق عنها لايكون إلا بعد ثبوت الملك لها، فكان اشتراط العتق عنها اشتراط تمليك رَقَبة الأخ منها، ورَقبة الأخ تَصلَح صَداقا؛ لأنه مال متقوّم.

ويكون الولاء لها، لأنه عتق عليها، وفيما تقدّم يكون الولاء للمولى، وهو الزوج؛ لأنه عتق عليه.

فإن طلّقها قبل الدخول بها، غرمَت نصف قيمة الأخ لأن رقَبة الأخ صارت صَداقا، وقد تعذّر عليها رَدّ النصف بالإعتاق، فكان عليها نصف القيمة.

وكذا لو تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها، كان رقَبة الأخ صَداقاً، ويعتق الأخ[1]، ولايحتاج إلى الإعتاق، لأن هنا[2] رَقبة الأخ صار صَداقاً ملكا للمرأة، فيعتق عليها بحكم القَرابة.

وفيه إشكال: وهو أن تمليك رقبة الأخ، لو ثبَت إنما يثبت ضرورة الإعتاق عنها، فلايثبت المِلك ما لم يوجد الإعتاق، كما لو قال لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم، لايثبت الملك[3] ما لم يوجد الإعتاق، كذا ههنا.

والجواب: أن ثمّة إنما يثبت الملك شرطا لصحة الإعتاق عنه، فما لم يوجد الإعتاق لايثبت الملك بطريق الاقتضاء؛ إذ لم يوجد عقد آخر يقتضي الملك.

أما ههنا شرط الإعتاق عنها بجهة المهر، ولهذا لو طلّقها قبل الدخول، غرمَت نصف قيمة الأخ، والمهر يثبت بالنكاح، فلهذا يثبت الملك قبل الإعتاق.

ولو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عبدا من عبيده بعينه، لاقَرابة بينها وبين العبد، جاز النكاح، ولايعتق العبد إلا بإعتاق مستأنف[4] لما ذكرنا.

---

(١) "الأخ" ساقط من الف وب.

(٢) "هنا" ساقط من الف وب.

(٣) وزاد في ب: "هنا".

(٤) وفي الف: "مستقل".

فإن لم يَفِ بالشرط، ليس لها إلا الألف، لأن شرط إعتاق الأجنبي لَغو، لأنّه لافائدة لها في عتق الأجنبي، فصار ذكره والسكوت عنه سواء، فيصير كأنه لم يسمّ غير الألف[1]، بخلاف إعتاق القريب، لأن لها فيه فائدة، وهو خَلاص الأخ[2] عن ذل الرقّ.

ولو تزوجها على ألف، وعلى أن يعتق عنها هذا العبد الأجنبيّ، فقَبِلت[3]، يصير العبد مع الألف صداقا[4] لما ذكرنا، ويكون الزوج وكيلا عنها في إعتاق العبد، فإن أعتق صحّ، ويكون الولاء لها، وإن نَهَته عن الإعتاق، صحّ نهيُها، كسائر الوكلاء.

بخلاف ما إذا تزوّجها على أن يعتق أخاها عنها، فإن ثَمّةَ كما تمّ العقد يعتق عليها بحكم القرابة.

وإذا كان للرجل على امرأة دم عمد، فتزوجها على أن يعفوَ عنها، جاز النكاح، ولها مهر مثلها، عفا أو لم يعفُ، لأن العفو ليس بمال، فلايصلح مهرا[5].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨٠.

(٢) زاد في ب: "القريب".

(٣) "فقبلت" ساقط من الف وب.

(٤) وفي الف وب: "يصير الألف مع الأجنبي صداقا".

(٥) علّله الكاساني بقوله: وأما صيرورة النكاح على القصاص عفوا له، لأنه لما تزوجها على القصاص فقد أزال حقه عنه، وأسقطه، وهذا معنى العفو، ولها مهر المثل، لأن النكاح لايجوز

وإن تزوجها على العفو عنها[1]، يسقطُ الدّم بنفس العقد لأنه جعل العفوَ شرطا في النكاح، فيتمّ بالقبول، بخلاف الأول، لأن ثمّة وعدٌ لها أن يعفوَ عنها.

وإن تزوجها على مائة درهم، وعلى أن يعفو عنها، فإن عفا، فلها المائة لاغير، وإن لم يعف، كان لها تمام مهر مثلها لأنها إنما رضيت بالنقصان بشرط مرغوب[2]، فإذا لم يسلّم لها الشرط، فات الرّضى.

وإن جعَل النكاحَ شرطا في العفو، فقال: عفوتُ عنكِ على أن تزوجيني نفسكِ، فقبلت المرأة[3]، سقَط الدم، لأن كلمة "على" لتعليق الإيجاب بالقبول.

كما لو قال: أنتِ طالق على أن تعطيني ألف درهم[4]، فقبلت، يقع الطلاق، ولايتوقّف على الإعطاء.

فإن زوّجت نفسَها منه، إن[5] سمّى لها مهرا في النكاح، كان لها ذلك، وإن لم

إلا بالمهر، والعفو عن القصاص لايصلح مهرا، لأنه ليس بمال، فيجب لها العوض الأصلي، وهو مهر المثل. انظر: «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٨، و ٧/ ٢٥٠.

(١) "عنها" ساقط من ب.

(٢) وفي الف وب: "مرغوب فيه".

(٣) "المرأة" ساقط من الف وب.

(٤) "درهم" ساقط من الف.

(٥) وفي الف وب: "إن كان".

يسمّ كان لها مهر المثل، لأن العفو لايصلح مهرا.

وإن أبَت النكاح، لم تجبر على النكاح، لأنها حرّة، فلا تجبر عليه، وإن التزمت، لأن النكاح لايصير واجبا بالالتزام.

لكن عليها ردّ الدّية، لأنه ما رضي بسقوط الدم، إلا بهذا الشرط، فإذا لم يسلّم له الشرط[1]، و القصاص بعد سقوطه لايحتمل العَود[2]، يجب عليها ردّ بدل القصاص[3]، و هو الدية.

بخلاف ما إذا صالح عن الدم على خمر أو خنزير حيث يسقط الدم، ولا يجب شيئ، وقال بعض المشايخ: تجب الدية، والأول أصح، لأن عدم سلامة البدل، ما كان لمعنىً من جهة القاتل، بل [لمعنىً][4] من جهة الشرع[5]، أما هنا عدم[6] سلامة الشرط من

---

(١) "له الشرط" ساقط من الف والعبارة فيه: "فإذا لم يسلم رد بدله".

(٢) لأن القصاص مبني على الدرء والإسقاط، فإذا سقط مرة لا يعود، والقاعدة الفقهية المقررة فيه: «الساقط لايعود»، مادة: ٥١ مجلة الأحكام العدلية، وقد ذكرها قاضي خان في عدة مواضع من الشرح بقوله: «الساقط لا يحتمل العود» في ص ١١١٨ و ٢٧٣٥ و ٢٨٤٤، انظر «درر الحكام» ١/ ٤٨، و «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٣٧٨.

(٣) "القصاص" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٥) فإنه يشترط في الصلح أن يكون المصالَح عليه مالا، فلايصحّ الصلح على الخمر والميتة الدم

جهتها[1].

ولأن ثَمّةَ[2] لما أسقط الدم ببدل لايسلم له قطعا، كان راضيا بسقوطه مجّانا، أما ههنا احتمال وجود النكاح كان باقيا[3]، بل الظاهر هو الوفاء بالشرط، فلايكون راضيا بسقوط الدم بغير عوض.

رجل أعتق أمَتَه على أن تزوّج نفسَها منه، فقبلت، عتقت لما ذكرنا أن العتق معلّق بالقبول، ولأنه لما شرط عليها التزوّج مع أن ذلك لايصح، إلابعد تقدّم العتق، كان راضيا بنزول العتق قبل النكاح.

وإن أبَت أن تتزوج، لم تجبر لأنها صارت حُرّة[4]، فلاتجبر على النكاح، ولكنها تَسعى في قيمتها، لأن المولى ما رضي بزوال الملك إلا بشرط النكاح[5]. فإذا لم يسلم له

وصيد الإحرام والحرم، وكل ما ليس بمال، لأن في الصلح معنى المعاوضة، فما لايصلح عوضا في البياعات لايصلح بدل الصلح. «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢.

(٦) "عدم" ساقط من ب.

(١) وجاء في ب: "وههنا لمعنى من جهتها".

(٢) "ثمة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كذا في الأصل، و قوله: "كان باقيا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) ملكت نفسها، فلا تجبر على النكاح. انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(٥) لأن المولى مارضي بزوال ملكه عن رقبتها إلا بنفع يقابله وهو تزويج نفسها منه، وهذه منفعة

ذلك، كان عليها ردّ العتق، والعتق بعد وقوعه لايحتمل النقض، فكان عليها ردّ قيمتها.

كما لو أعتق عبده على خمر، أو خنزير، وكما لو باع نفس العبد منه بجارية، ثم استحقّت الجارية، إلاأن في تلك الصور[1] عند محمد وزفر رحمهما الله كان[2] على العبد ردّ قيمة الجارية، وههنا على الجارية[3] ردّ قيمتها، لأن ههنا بدل العتق منفعة البضع، وأن البضع ليس بمتقوّم في نفسه، وإنما يصير متقوّما بالعقد، أو بالإتلاف عن شبهة العقد، وإذا لم يكن له قيمة صِيرَ إلى قيمة المبدل، أمّا في تلك المسألة[4] بدل العبد متقوّم، وهو الجارية، فإذا عجز عن تسليم عين البدل، يُصار إلى قيمة المبدل[5].

وعندهما[6] هذا، وذاك سواء، فصار إلى قيمة المبدل في الفصلين؛ لما عرف.

ثمّ إنها تَسعى في قيمتها، وهي حرة، أمّا عندهما: فلأن المستسعى حرّ عليه دين،

مرغوب فيها، وقد تعذر عليه استيفاء هذه المنفعة لمعنى من جهتها، وهو إباؤها، فيقام بدل قيمتها مقامه دفعا للضرر عنه. «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(١) في بقيّة النسخ: "ثمة" مكان: "تلك الصور".

(٢) "كان" ساقط من الف و ب.

(٣) "الجارية" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "ثمّة" مكان "في تلك المسألة".

(٥) وفي الف و ب: "البدل".

(٦) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كذا في هامش الأصل.

وأمّا عند أبي حنيفة: فلأن السعاية[1] هنا وجبت ردًا للعتق.

والأصل عند أبي حنيفة أن السعاية إذا وجبت بعد نزول العتق، يسعى وهو حرّ، كالراهن إذا أعتق العبد[2] المرهون، وهو مُعسَر، يسعى العبد وهو حر[3].

وكذلك المولى إذا أعتق عبده المديون، وهو معسَر، يسعى وهو حرّ، وإذا وجبت السعاية لنزول العتق، كما في معتق البعض، يسعى وهو عبد.

وكذا المريض إذا أعتق عبده[4]، وعليه دَين، يَسعى، وهو عبد، لأن تبرّع المريض إن كان مما يحتمل النقض، ينفذ في الحال، ثم ينقض، وإن كان مما لايحتمل النقض، يتوقّف، والعتق مما لايحتمل النقض، فيتوقّف، فكانت السعاية لنزول العتق.

و في مسألتنا: السعاية وجبت لردّ العتق، لا لنزوله[5]، فلهذا قال: "تسعى وهي حرة".

(١) سَعي المكاتَب في فكّ رقبته سعايةً، وهو اكتساب المال ليتخلص به، و"السعاية" شرعا: هي ما كُلّف العبد من العمل تتميما لعتق نفسه. «المصباح المنير» مادة: سعى، ١/ ٢٧٧، و«التعريفات الفقهية» للمفتي محمد عميم الإحسان.

(٢) "العبد" ساقط من الف و ب.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٨١.

(٤) "عبده" ساقط من الف و ب.

(٥) "لا لنزوله" ساقط من الف و ب.

وإن زوّجت نفسَها منه، إن سمّى لها مهرا، كان لها المسمّى، وإن لم يُسَمّ، كان لها مهر المثل في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي: لاشيئ لها[1]، ويكون عتقها صَداقها[2].

أمّا عند الشافعي رحمه الله: فالنكاح بدون المهر جائز، ولاشيئ لها، فهنا أولى[3].

ولأبي يوسف: ما رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتَقَ صفيّةَ[4]، وتزوّجَها، وجعَل عتقَها صداقَها[5].

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "لا مهر لها".

(٢) كذا ثبت في الف و ب، وهو الأصح، وكان في الأصل: "صداقا".

(٣) قال الإمام النووي: المستحب أن يسمى الصداق في العقد، فإن عقد النكاح بغير صداق، انعقد النكاح. «المجموع للنووي» ١٦/ ٣٢٥، وانظر «الأم» ٥/ ٦٨، «المهذب» ٢/ ٦١، «المنهاج» ص ١٠٢.

(٤) هي صفية بنت حُيّي بنت أخطب بن سعنة بن ثعلبة بن عبيد بن كعب أبي حبيب، من بني النضير، كانت تحت سلام بن مشكم، ثم خلف عليها كنانة بن أبي الحُقيق فقتل كنانه يوم خيبر، فصارت صفية مع السبي، فأخذها دحية ثم استعادها النبي صلى الله عليه وسلم فأعتقها وتزوجها. قال أبو عمر: كانت صفية عاقلة حليمة فاضلة. ماتت سنة ٥٠ هـ. انظر ترجمتها في: أسد الغابة ت ٧٠٦٣، الاستيعاب ت ٣٤٥٢، الإصابة ت ١١٤٠٧.

(٥) حديث صحيح، أخرجه مسلمٌ في كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها، الحديث: ٣٤٨٣، وأخرجه البخاري في كتاب الخوف، باب التكبير والغلس بالصبح والصلاة عند

ولأنه تزوجها على رقبتها، وقد سلم لها رقبتها، فلايجب شيئ، كما لو تزوجها على رقبة غيرها، ولأنها لو أبت كان عليها السعاية، فإذا زوّجت نفسها منه، فقد سلّمت لها السعاية، فلايجب شيئ آخر، كما لو تزوجها على دين له عليها.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما رُوي عن عمر[1] رضي اللّه عنه، أنه قضى بمهر المثل في مثل[2] هذه الصورة.

الإغارة والحرب، الحديث: ٩٤٧ مطولا، وأخرجه أيضا في النكاح، باب من جَعل عتق الأمة صداقها، الحديث: ٥٠٨٦، وأخرجه أبوداود في النكاح، باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، الحديث: ٢٠٥٤، وأخرجه الترمذي في النكاح، باب: ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها، الحديث: ١١١٥، وأخرجه النسائي في النكاح، باب التزويج على العتق، الحديث: ٣٣٤٢ و٣٣٤٣، وأخرجه ابن ماجه في النكاح، باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، الحديث: ١٩٥٧، وأخرجه الدار قطني في النكاح ٣/ ٢٨٥، و الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ٢٠، والدارمي الحديث: ٢١٦١، والطيالسي الحديث: ١٩٩١، وعبد الرزاق الحديث: ١٣١٠٧، وابن حبان الحدبث: ٤٠٩١، والأمام أحمد ٣/ ١٦٥، ١٧٠. من عدّة طرق كلهم من حديث أنس رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أعتَق صفيّة، وجعَل عتقَها صَداقَها»

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل، القرشي، العدوي، أبو حفص الفاروق، كانت ولادته قبل البعثة بثلاثين سنة، ووفاته عام ٢٣ هـ، أحد المبشرين بالجنة، وأحد فقهاء الصحابة، وهو الخليفة الثاني بعد أبي بكر، وهو أول من تسمى بأمير المومنين. انظر ترجمته: الاستيعاب ت ١٨٩٩، الإصابة ٥٧٥٢، أسد الغابة ٣٨٣٠، تاريخ الخلفاء ١٠٨، تاريخ الإسلام ٢/ ١٠٢.

(٢) "مثل" ساقط من ب.

ولأن النكاح لم يُشرع إلا بمال يستحقّ بالنكاح؛ لقوله تعالى: ﴿وأحلّ لكم ما وراء ذلكم﴾ الآية[1].

والرقبة ما سلّمت لها بالنكاح، لأن الثابت بالنكاح، لايستحقّ قبل النكاح، والعتق هنا ثابت قبل النكاح.

وكذا السعاية، فإنها غير واجبة في الحال، وإنما تجب عند الإباء، وبالنكاح ينعدم الإباء.

بخلاف ما إذا تزوجها على دَين له عليها، لأن ثَمّة الدين واجب قبل النكاح، وإنما يسلم لها بعد النكاح، لا قبله، فجاز أن يكون عوضا[2].

وحديث صفية رضى الله عنها لايلزم، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بذلك، وهو النكاح بدون المهر[3].

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

(٢) وجاء في الف وب: "بخلاف الدين لأنه واجب قبل النكاح يسلم لها بالنكاح فصلح مهرا".

(٣) يؤيده ما قاله ابن الهمام بأن قول الراوي ذلك (وهو قول أنس: جعَل عتقها صداقها) كناية عن عدم المهر، يعني أنه أعتقها وتزوجها، ولم يكن شيئ غير العتق، والتزوج بلا مهر جائز للنبي ﷺ دون غيره، وغاية ما فيه أن ما ذكرناه محتَمل لفظ الراوي، فيجب حمله عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب. راجع: «فتح القدير» ٢/ ٤٥٢، و«شرح مختصر الطحاوي» للجصاص، تحقيق: سائد محمد بكداش، أطروحة الدكتوراة، جامعة أم القرى، ٢/ ٦٣٨.

وعن أبي يوسف رواية أخرى، وهو قول زفر: أن لها مهر المثل، وعليها السعاية في قيمتها[1] تحقيقا للتسوية، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية[2].

هذا إذا قال: "أعتقتكِ على أن تزوّجيني نفسَكِ"، فقبلت.

وإن قال لها[3]: "تزوجتكِ على أن أعتقك"، لايصحّ النكاح؛ لأن النكاح صادَفَها، وهي أمة.

وإن قال لها: "تزوجتكِ على عتقك"، أو قال: "أعتقتكِ على نكاحك"، فقبلت، لم يصحّ النكاح.

وطعَن أبو خازم[4] رحمه الله[5]، و قال: [ينبغي أن يصحّ النكاح][6]، لأنهما

---

(١) "ي قيمتها" ساقط من الف وب.

(٢) وعليه اعتمد الإمام الطحاوي، فقال في مختصره: وبه نأخذ. «مختصر الطحاوي» ص١٧٥ .

(٣) "لها" ساقط من الف وب.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "أبو حازم" بالحاء المهملة، وهو خطأ، لأن كنيته: "أبو خازم" بالخاء المعجمة، ذكرها أبو الوفاء القرشي وتقي الدين التميمي واللكنوي، وكثير ممن ترجمه، وورد في بعض المصادر بالحاء المهملة، وهو تصحيف، قال اللكنوي: وذكر ابن الأثير في جامع الأصول أن كنية عبد الحميد أبو حازم، بالحاء المهملة. الفوائد البهية ص٨٦.

(٥) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو خازم، أخذ العلم عن عيسى بن أبان، وتفقّه عليه أبو جعفر الطحاوي وأبو طاهر الدباس، كان ثقة ورعا عالما بفنون الحساب والفرائض، حاذقا

تصرّفان، لايصحّ أحدهما إلا بتقديم الآخر[1]، فيقدّم العتق على النكاح[2]، كما في قوله: "أعتق عبدك عني على ألف درهم".

[إلا][3] أنا نقول: بأنه جعل أحدَهما عِوضاً للآخر[4]، والعوض مع المعوّض يقترنان؛ لِما في إثبات أحدهما قبل الآخر، إثبات بغير عوض.

وكذلك امرأة أعتقت عبدَها على أن يتزوّجها، فقبل، عتق، ولايجبر على أن يتزوجها، فإن لم يتزوج[5]، كان عليه السعاية في قيمته؛ لما قلنا، وإن تزوجها لاشيئ عليه من قيمته؛ لسلامة المشروط لها.

في عمل المحاضر والسجلات، من أفاضل القضاة، وله: «كتاب المحاضر والسجلات» و «كتاب أدب القاضي» و «كتاب الفرائض»، توفي في سنة ٢٩٢هـ.

ترجمته في: الفهرست ص١٩٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤١، البداية والنهاية ١١/ ٩٩، تاج التراجم ص٣٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٤٤، الطبقات السنية برقم ١١٣٨، الجواهر المضية برقم ٧٥٨، كشف الظنون ١/ ٤٦، الفوائد البهية ص٨٦.

(٦) جاء في الأصل: "وقال: يصح"، وما بين المعكوفتين مثبَت من النسخ الأخرى.

(١) وزاد في ب: "الأخر عليه".

(٢) "على النكاح" ساقط من الف وب.

(٣) ما بين المعكوفتين من النسخ الأخرى.

(٤) وفي الف وب: "عن الأخر".

(٥) وفي الف وب: "فإن لم يتزوجها".

فإن سمّى لها مهرا، كان لها المسمّى، وإن لم يسمّ، كان لها مهر المثل عندنا، أما عندهما فلما ذكرنا، وكذلك عند أبي يوسف، لأن هنا العتق من المرأة، فلايَصلَح صَداقا، بخلاف الفصل الأول.

رجل تحته أمَة لرجل، قال له مولى الأمَة: طلّقها على أن أزوّجك أمَتي هذه الأخرى، فطلّق، وقع الطلاق، والمولى بالخيار، إن شاء زوج، وإن شاء لا.

فإن زوّج، فإن سمّى لها مهرا، فلها المسمّى، وإن لم يسمّ، كان لها مهر المثل، لأن الطلاق ليس بمال، فلايصلح مهرا، ويكون الطلاق رجعيا؛ لأنه لم يقابله بمال، وصريح الطلاق إذا لم يقابله مالٌ يكون رجعيا.

وإن أبَى أن يزوج، لاشيئ عليه، ولاعلى الأمَة، فرق بين الطلاق، وبين ما تقدم من العتق والنكاح والقصاص، لأن هناك إذا لم يوجد الوفاء بالشرط، يجب البدَل، وهو قيمة العبد، والدية، ومهر المثل[1]، وهنا لا يجب شيئ.

والفرق أن الطلاق بعد وقوعه[2] لايحتمل النقض، والخارج عن ملك الزوج بالطلاق مَنفعة البضع، ومنفعة البضع حال[3] الخروج، لاقيمة لها.

---

(١) سقطت العبارة من قوله: "لأن هناك إذا لم يوجد إلى مهر المثل.

(٢) "بعد وقوعه" ساقط من ب.

(٣) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "وهو عند الخروج".

ألاترى أن الأب إذا خالع ابنتَه الصغيرة على مالها، لم يجُز[1]، والمريضة إذا اختلعت بمال يُعتبر من الثُلث، وإتلاف ما لا قيمة له، لايوجب الضمان، فلا يجب شيء.

أما فيما تقدّم: الخارج عن ملكه بمقابلة النكاح في فصل العتق رقبة العبد، وأنها مال متقوّم، والقصاص متقوّم[2] أيضًا، حتى أن المريض إذا صالح عن دم عمد عليه، على عشرة آلاف، صحّ، ويعتبر من جميع المال.

وإنما يصح عَفو المريض، لا لانعدام القيمة، بل لعدم تعلّق حق الوارث؛ لأن حق الوارث يتعلق بالمال، والقصاص متقوّم، إلاأنه ليس بمال، و تبرّع المريض بما ليس بمال لايتقيّد بالثلث، كالتبرع بالمنافع.

وأشار محمد رحمه الله إلى فرق آخر، فقال: لأن الطلاق ههنا وقع[3] رجعيا، فلو وجب المال، يصير بائنا ضرورة، والطلاق إذا وقَع رجعيًا، لاينقلب بائنا، إلا أن هذا قول محمد.

أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله: الرجعي[4] جاز أن ينقلب بائنا، فإن الزوج إذا جعله

(١) انظر: «المبسوط» ٦/ ١٧٩، و «جامع أحكام الصغار» للإمام محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني المتوفي ٦٣٢هـ ١/ ١٦٥، ١٦٦.

(٢) وفي ب: "مال متقوم".

(٣) وفي الف وب: "لأن ههنا وقع الطلاق ورجعيا".

(٤) "الرجعي" ساقط من الف وب.

بائنا، يصير بائنا.

هذا إذا قال المولى[1]: طلّقها على أن أزوجك هذه الأمة الأخرى، فإن قال له: أبنْها على أن أزوجك هذه الأخرى[2]، فكذلك الجواب، إلاأن ههنا الواقع يكون بائنا.

رجلان تحت كل واحد منهما أمَة صاحبه، فقال كل واحد منهما للآخر[3]: طلّق أمَتي على أن أطلق أمتك، فطلق أحدهما، وأبى الآخر، لايجبر عليه؛ لما قلنا.

ويكون رجعيا، طلق الآخر أو لم يطلق، لعدم وجوب المال، ولاشيئ للمطلّق على صاحبه عند عدم الوفاء بالشرط[4]؛ لما ذكرنا من أن منفعة البضع[5]، لاقيمة لها عند الخروج، فلا يمكن إيجاب الضمان بمقابلتها.

وإذا كان للصغير دم عمد على رجل، فصالَح الأب على الدية يجوز[6]؛ لأنه لو

---

(١) "المولى" ساقط من الف وب.

(٢) في الف: "الأمة الأخرى".

(٣) وفي الف وب: "لصاحبه".

(٤) "عند عدم الوفاء بالشرط" ساقط من الف وب.

(٥) وجاء في الف وب: "لما ذكرنا من عدم التقوم. ثم سقطت العبارة بعدها.

(٦) في أحكام الصغار: لو أراد أن يصالح عن قصاص وجب للصغير أو معتوه، في النفس أو فيما دون النفس، فله ذلك، ولو أراد أن يعفو عن ذلك فليس له ذلك. «جامع أحكام الصغار» للأستروشني، ٢/ ١٧٦.

باع ماله بمثل القيمة، يجوز، فالقصاص أولى.

امرأة قالت لعبدها: أنتَ حرّ على أن تزوجني على ألف، فقبل عتق، ولا يجبر على النكاح؛ لما ذكرنا.

فإن تزوجها على ألف يقسّم الألف على قيمة العبد، ومهر مثلها، لأنها بذلت رقبة العبد[1] والبضْع بالألف، فيقسّم الألف عليهما، على اعتبار قيمتهما، حتى لو كان مهر مثلها مثل قيمة العبد، يكون نصف الألف ثمنا، ونصفها مهرا.

فإن طلقها قبل الدخول بها، يتنصّف حصّة المهر، فيكون لها مائتان وخمسون.

وإن أبى أن يتزوج، كان عليه خمسمائة، قيمة[2] حصة الرقبة.

وإن كانت قيمة الرقبة أكثر من حصّة الرقبة[3] من الألف، كان عليه تمام قيمته إذا لم يتزوجها؛ لأنها رضيت بالنقصان بشرط مرغوب، وهو النكاح، فإذا لم يسلم لها كان عليه تمام القيمة.

وإن كانت قيمته أقل من حصّتها من الألف، لا ينتقص شيء من حصتها من الألف لأن ذلك القدر صار مسمّى بمقابلة الرقبة، فيسلم لها باعتبار التسمية على كل حال.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) وفي الف وب: "بذلت الرقبة".

(٢) "قيمة" ساقط من الف وب.

(٣) "الرقبة" ساقط من النسخ الأخرى.

باب من نكاح الأمة التي يتزوّج عليها ولايفسد النكاح حتى ترجع إليه الجارية أو بعضها

ذكر في الباب فصولا: فصل في النكاح، والشراء للأمة المنكوحة، وفصل في التزوج بمهر مستحق، وفصل في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم[1].

بنى الباب على أن مِلك اليمين إذا طرأ على مِلك النكاح، أبطله[2]، و إذا قارَنه، يمنَع ثبوته، لأن ملك النكاح ثابت بطريق الضرورة، وما يثبت بملك النكاح، يثبت بمِلك اليمين، وزيادة، فلاحاجة إلى ملك النكاح.

و حرف آخر[3]: أن مَن قضى دَين غيره بأمره، يَصير مُقرِضا من المديون، حتى يرجع على المديون[4] بذلك؛ لأنه إما أن يجعل واهبا، أو مُقرِضا، والقرض أدناهما،

---

(١) مسقطت هذه الفقراة كلها من الف وب.

(٢) لأن ملك اليمين أقوى، لأنه مطلق،، وملك النكاح ضروري والقوي يدفع الضعيف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ١٩.

(٣) وفي الف: "أصل آخر".

(٤) وفي بقيّة النسخ: "حتى يرجع عليه".

فيُحمل عليه.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: حرّ تحته أمَة لرجل، فتزوج حرّة على رقبتها، بإذن مولاها، أو بغير إذنه، فبلَغه، فأجاز، أو أمَر مولى الأمة بأن يُزوّجه حرّة[١] على رقبتها، ففعل المولى ذلك[٢]، فإنه يجوز نكاح الحرة، و تَصير الأمَة ملكا للحرة، و لايفسد نكاح الأمة.

أمّا جواز نكاح الحرة؛ فلاستجماع الشرائط، و تَصير الأمة ملكا للحرة، لأنها جعلت مهرا بإذن المولى، و لو اشترى بها بإذن المولى عبدا لنفسه، تصير ملكا لبائع العبد، كذلك هنا.

وأمّا عدم فساد نكاح الأمة؛ لأن الزوج لم يملك شيئا من رقبتها، لانعدام التمليك منه نصا، و لو ثبت، إنما يثبت ضرورة أنه صار مستقرضا، و هذا الاستقراض ثبت ضمنا لقضاء الدين[٣]، وأنه ثبت هنا ضمنا، لقضاء الدين، فيثبت بقدر ما يتعلق به قضاء الدين، وقضاء الدين كما يصحّ بقرض موجِب حقيقة الملك، يصحّ بقرض موجِب حقَ الملك.

ألاترى أن المأذون[٤] أو المكاتب، إذا استقرض شيئا، و قَضَى به دَينه، يجوز، وإن

---

(١) "حرة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "ذلك" ساقط من الف وب.

(٣) قوله: "وهذا الاستقراض ثبت ضمنا لقضاء الدين" ساقط من الف وب.

(٤) "المأذون له" هو الذي فُكّ الحجر عنه، وأذن للتجارة، وأطلق له التصرف من مولاه إن كان

كان لايثبت له حقيقة الملك، وحق الملك لايُفسِد النكاح، كالمكاتب إذا اشترى منكوحتَه، وإن ملَك رقبتَها، لكن ملِكا[1] غير مستقرّ، فلايَفسد به النكاح، كالوكيل إذا اشترى منكوحتّه للموكل.

ويغرم الزوج قيمةَ الجارية لمولاها بحكم القرض.

ولايقال: بأن ستقراض الحيوان لايجوز، فكيف يجعل مستقرضا؟ ولأن في القرض الجائز، لايجب الضمان بدون القبض، ولم يوجد القبض هنا، فكيف يغرم في القرض الفاسد؟.

لأنا نقول: هذا استقراض ثبت في ضمن النكاح، لاقصدا، فلايعطى له حكم القرض ما بقي النكاح، وكم من شيئ يجوز حكما، ولايجوز قصدا.

وما قال: بأن القبض شرط! قلنا: هذا قرض ثبَت حكما وضمنا، فلايشترط فيه القبض، أو إن كان شرطا، فقد وجد؛ لأن المرأة تصير قابضةً للزوج[2] أولاً، ثم تصير قابضةً لنفسها، كمَن وهب لآخر دَينا، وسلّطه عليه.

فلو أنّ الحرة قبضَتها من المولى، ثم إن الزوج طلّق الحرّة قبل الدخول بها، وجب

عبدا، ومن وليّه إن كان صغيرا. «مجموعة قواعد الفقه» ص٤٥٨.

(١) "ملكا" ساقط من ب.

(٢) "للزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

عليها رَدّ نصف الأمة إلى الزوج ؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصّف الصَداق[١].

ولو ارتدّت ـ والعياذ بالله تعالى ـ أو قبلت ابن زوجها ، وجب ردّ الجارية إلى الزوج ، ولايفسد نكاح الأمة ، ما لم يقبض الأمَة[٢] أو نصفها من الحرة، أو يقضى القاضي له بذلك ؛ لأن الصداق إذا كان مقبوضا بنفس الفُرقة قبل الدخول ، لايعود إلى ملك الزوج ، وإنما يعود ، إما بالقضاء أو [الرضى][٣].

فلو أن الحرة ردّت كلّها ، أو نصفها ، فسد نكاح الأمة ؛ لأن القرض السابق أوجَب حق الملك للزوج.

وإنما تأخر الملك[٤] لقيام حق المرأة ، فإذا زال ملكها بما هو في معنى النسخ ، عمل القرض السابق عملَه في حقيقة الملك للزوج[٥]، وملك اليمين في البعض إذا طرأ على ملكِ[٦] النكاح ، أبطله ؛ لما قلنا .

---

(١) لصريح قوله تعالى : "وإن طلّقتم النساء من قبلِ أن تَمَسّوهنّ وقد فرضتُم لهنّ فريضةً فَنصفُ ما فرَضتُم" سورة البقرة، الآية : ٢٣٧ .

(٢) وفي ب : "ما لم يقبض الزوج الأمة" .

(٣) كذا في ج و د ، وفي الأصل : "أو بالرد عن رضى" ، وفي الف و ب : "أو بالتراضي" .

(٤) وراد في الف وب : " تأخر الملك للزوج" .

(٥) "للزوج" ساقط من الف وب .

(٦) "ملك" ساقط من النسخ الأخرى.

ثم ينظر : إن كان ذلك قبل أن يقضي القاضي بقيمة الأَمَة على الزوج، وعاد كل الجارية إلى ملك الزوج[١]، فإنّ مولى الأمة الأول يأخذ الجارية من الزوج، وليس له أن يأخذ القيمة، لأن استقراض الحيوان فاسد، فوجب عليه نقضه، وليس للزوج أن يمسك الجارية، ويدفع القيمة؛ لما ذكرنا.

هذا إذا عاد كل الجارية إلى الزوج بالردة ونحوها، وإن عاد نصفها بالطلاق قبل الدخول، فالمولى بالخيار، إن شاء أخذ نصف الجارية من الزوج، ويرجع عليه بنصف قيمتها، وإن شاء ترك نصف الجارية على الزوج، و ضَمنه جميع القيمة؛ لأنها خرجت عن ملك المولى جملةً، والآن تعيّبت بعيب الشركة، لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عَيب، فكان له أن لايرضى بعيب الشركة[٢].

هذا إذا وقعت الفرقة بينه و بين الحرة قبل أن يقضي القاضي عليه بقيمة الجارية.

أمّا إذا قضى القاضي عليه بقيمة الجارية، ثم وقعت الفرقة بينهما قبل الدخول، وعاد كل الجارية، أو نصفها[٣] إلى ملك الزوج، فلاسبيل للمولى عليها، ويكون حقه في القيمة؛ لأن القاضي حين قضى له بقيمة الجارية على الزوج[٤]، فقد نقل حقَه من عَين

(١) "ملك الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) عبارة: "فكان له أن لايرضى بعيب الشركة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) في الف وب: "وعادت إلى مللك الزوج" .

(٤) سقطت العبارة التاليه: "حين قضى له بقيمة الجارية على الزوج" من الف و ب.

الجارية إلى قيمتها في وقت كان للقاضي ولاية النقل، فيتقرّر حقه في القيمة.

كالعبد المغصوب إذا أبق من الغاصب[1]، ثم عاد من الإباق، إن عاد قبل أن يقضي القاضي على الغاصب[2] بالقيمة، عاد على ملك المالك، وإن عاد بعد أن قضى القاضي بالقيمة، عاد على ملك الغاصب.

و كذا في البيع الفاسد، إذا وهب المشترى المبيع وسلّم، وقضى القاضي عليه بالقيمة، ثم رجع في الهبة، ليس للبائع أن يستردّ، وكذا هنا.

وليس للزوج[3] أن يردّ عليه الجارية، ويمتنع عن القيمة؛ لما ذكرنا.

و إن بانت الحرة قبل الدخول بها، بشيء مما ذكرنا، قبل القضاء بالقيمة[4]، و لم يأخذها المولى من الزوج، ولم يقضِ القاضي بالأمة لمولاها، حتى أعتقها الزوج، أو دبّرها[5]، أو استولَدَها، أو باعها، أو وهبها وسلّمها، نفَذ ما صنع، ولا سبيل للمولى

---

(١) وفي ب: "من يد الغاصب".

(٢) قوله: "على الغاصب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف وب: "للمشتري" بدل الزوج.

(٤) "قبل القضاء بالقيمة" ساقط من الف وب.

(٥) "المدبّر": هو من أعتق عن دُبر، يعني في آخر حياة المولى، فالمطلق منه أن يعلق عتقه بموت مطلقا، مثل: إن مِتّ فأنت حر، أو بموت إلى مدة يكون الغالب فيه وقوعه، مثل: إن مت إلى مأئة سنة فأنت حر، والمقيد منه: أن يعلقه بموت مقيد، مثل: إن متّ في مرضي هذا فأنت حر.

عليها؛ لأنها ملك الزوج بالقرض الفاسد، فما لم ينقض ملكه، ينفذ تصرّفه لقيام الملك.

وهذه التصرفات مما لاتحتمل النقض، فيبطل حق المولى في الاسترداد، وكما لو حصل ذلك من المشترى شراءً فاسدا، فإنه ينفذ، ويبطل حق المولى في الاسترداد[1].

وإن كان المولى أعتقها في يد الزوج، لم يجز عتقه؛ لأن قبل الاسترداد، لاملك للمولى، إنما له حقّ التملّك، وحق التملّك لايكفي لنفاذ العتق.

فإن قضى القاضي بالجارية للمولى بعد ذلك، لم ينفذ إعتاقه، لأن إعتاقه[2] صادَف ملك الغير، فلاينفذ بملك متأخّر عن الإعتاق، كالبائع إذا أعتق المبيع بيعًا فاسدا في يد المشترى[3] ثمّ استردّه، لاينفذ إعتاقه.

هذا إذا عادت الأمَة إلى ملك الزوج بسبب الفرقة قبل الدخول، فإن لم يكن ذلك، ولكن الحرّة وهبتها للزوج، أو باعتها منه، فلاسبيل للمولى عليها، وإن لم يقضِ القاضي بالقيمة، لأنها عادت إليه بسبب جديد، لابسبب القرض، واختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، كالمشتري شراءً فاسدا، إذا باع ثم عاد إليه بالهبة أو الشراء، لايكون للبائع أن يستردّ.

«التعريفات» ص٢٦٤، «مجموعة قواعد الفقه» ص٤٧٣.

(١) قوله: "فإنه ينفذ، ويبطل حق المولى في الاسترداد" ساقط من الف وب.

(٢) وفي الفوب: "لم ينفذ ذلك الاعتاق لأنه صادف".

(٣) في "يد المشتري" ساقط من الف وب.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمّة عادت إليه بما هو في معنى النسخ، لابسبب جديد.

هذا الذي ذكرنا إذا جعل الأمَةَ المنكوحةَ مهر الحرة[1]، فإن اشترى بها غلاما بإذن المولى، أو بغير إذنه، فأجاز، أو أمَر مولى الأمة بذلك، ففعل، جاز، وتصير الجارية ملكا لبائع الغلام، ولايفسد النكاح بينهما[2].

فإن انتقض البيع، عادت الجارية إلى ملك الزوج، وفسد النكاح بينهما، والجواب في هذه المسألة في جميع الوجوه، كالجواب في الفصل الأول.

ولو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذاتَ رحم مَحرم منه، فتزوج حرةً على رقبتها بإذن المولى، أو اشترى بها غلاما بإذنه، أو أمر مولاها بذلك، ففعل، فالعتق هنا كفساد النكاح في الفصل الأول.

ففي كل موضع فسد النكاح ثمّة، تعتق الأمة هنا، وما لا فلا، لأن عتق القريب، وفساد النكاح يتعلقان بملك الرقبة، وقد وجد.

ولو قال لمولى الأمة: زوّجني امرأةً، فزوّجه حرة على رقبتها، جاز النكاح، وتكون الأمة للحرة، ولايرجع المولى بشيئ على الزوج؛ لأنه ممتثِل في أصل النكاح؛ لأنه أمره

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "إذا جعل الأمة مهرا".

(٢) "بينهما" ساقط من الف وب.

بعقد مطلق، ومتبرّع[1] في أداء الصداق عنه.

ألاترى أنه لو زوّجه امرأةً على ألف، ونقَد الألف من مال نفسه، لايرجع عليه، كذلك ههنا.

فإن قبضتها الحرة، ثم فسد النكاح، إما بالرّدة، أو تقبيل ابنِ الزوج قبل الدخول، فردّتْها على الزوج، لم يفسد النكاح بينهما، لأنها عادت إلى ملك المولى، لاإلى الزوج، بخلاف ما تقدّم، لأن ثمّة صار الزوج مستقرضا، ولهذا يرجع المولى عليه بالقيمة، وهنا تبرّع المولى، ولهذا لايرجع المولى عليه[2] بالقيمة.

والأصل: أن من تبرّع بقضاء دَين الغير[3]، ثم انفسخ ذلك القضاء، فإن ما وقع به التبرّع، يعود إلى مِلك المتبرع، لاإلى مِلك المديون، لأنه تبرّع عليه بسقوط الدَين عن ذمته، لا بالتمليك منه.

ألاترى أن من تبرّع بقضاء دَين الميّت، يصحّ، وليس لأحد ولاية التمليك من الميّت.

ولو لم تكن الأمة منكوحةً، ولكنها ذات رحم محرم منه، لاتعتق، لانعدام الملك.

---

(١) وفي ج و د: "و تبرع"، وما ثبت أصح، فهذا عطف على قوله: "ممتثل".

(٢) قوله: "المولى عليه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي الف: "بقضاء دين غيره". وفي ب: "دين الغريم".

رجل تزوّج حرّة على أمة، فاستُحقّت الأمة، فعليه قيمتها، لأن من شرط صحة التسمية كون المسمّى مالا[١]، وقد وجد.

ألاترى أنه لو تزوّجها على دار، على أن يشتري لها هذه الدار، ويُعطيها مهرا، جاز، فكذلك هنا، فإذا عجز عن التسليم، مع قيام الموجب للتسليم، كان عليه قيمتها.

فلو أن القاضي لم يقض لها بقيمة الأمة[٢]، حتى اشتراها الزوج من المستحق، كان عليه تسليم عين الجارية، وليس له أن يمتنع عن ذلك، ولا للمرأة أن تمتنع من القبول، لأن تسمية مال الغير مهرا، يوجب لها حق التّملك عند القدرة، وقد قدر.

وهذا بخلاف ما تقدّم، [فإن ثمّة][٣]، إذا عادت إليه بملك جديد، ليس له أن يسترد، لأن ثمّة الثابت للمولى حق الإعادة إلى قديم ملكه، فإذا عادت إليه بملك جديد، لايكون له أن يسترد أما هنا بخلافه.

فلو أن الزوج لم يدفعها إلى المرأة، ولم يقض القاضي لها، حتى أعتقها، أو دبّرها، أو استولدها، جاز جميعُ ما صنع، لأن حقيقة الملك للزوج، وللمرأة حق التملك، فكان تصرّفه مصادفا ملك نفسه، فنفَذ، وكان عليه قيمتها للعجز عن التسليم.

---

(١) قال الكاساني: لصحة التسمية شرائط، منها: أن يكون المسمى مالا متقوما. «بدائع الصنائع» ٢/ ٢٧٧.

(٢) وفي الف وب: "بقيمة الجارية".

(٣) ما بين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، وفي الأصل: "لأن فيما تقدم ذكرنا أنها".

ولو كان القاضي قضى لها بالقيمة قبل أن يملكها الزوج، فلاسبيل للمرأة عليها، لأن القاضي[1] نقل حقها من العين[2] إلى القيمة في حال ولايته، فصح النقل.

حرّة تحت عبد، قالت لمولاه: أعتق عبدك عني على ألف درهم، ففعل، عتق العبد عنها، وعليها الألف للمولى، وفسد النكاح، لأن الإعتاق عنها لايكون إلاّ بعد التملك، فثبت سابقا، بخلاف ما تقدم، لأنه صار مستقرضا، ضمناً للنكاح، وقضاء الدّين يصح بدون الملك، أما الإعتاق لايكون بدون الملك.

وكذلك حرّ تحته أمة، قال لمولى الأمة: أعتقها عني على ألف درهم، ففعل، فسد النكاح، وتعتق عن الآمر، وعليه ألف درهم.

ـ والله أعلم ـ

(١) "القاضي" ساقط من ج و د.

(٢) "من العين" ساقط من الف وب.

باب إتيان المرأة في غير الفرج

بني الباب على أن اللواطة لا توجِب حدّ الزنا في قول أبي حنيفة، وعندهما توجب، والمسألة معروفة[1].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل أتى امرأة ليست بمنكوحة له ولا أمة له في دبرها، فعليهما الحد، عندهما الرجم إن كانا محصنين، والجلد إن كانا غير محصنين، وكذا اللواطة مع بالغ طاوعه، توجب الحد عليهما.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لاتوجب حدّ الزنا، ويجب التعزير، والرأي فيه إلى الإمام، إن شاء قتله إن اعتاد ذلك، وإن شاء ضرَبه أشدّ الضرب، وحبسه[2].

و وَضعُ المسألة في الأجنبية، دليل على أنه لو فعَل ذلك في[3] منكوحته، أو أمته،

---

(١) يرجع لتفصيل آراء الفقهاء وأدلتهم إلى: «المبسوط» ٩/ ٧٨، «بدائع الصنائع» ٧/ ٣٤، «فتح القدير» ٤/ ١٥٠، ١٥١، «إعلاء السنن» ١١/ ٥٩٤.

(٢) انظر «فتح القدير» و«العناية» فقد ذكرا هذه المسائل محيلا إلى الزيادات. ٤/ ١٥٠

(٣) وفي الف وب: "مع منكوحته".

لايجب الحد بالاتفاق[1]، لأن ظاهر قوله تعالى: ﴿فَأْتُوا حَرْثَكُم أنّى شِئتُم﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿إلاّ على أزواجهِم أو مَا مَلَكَتْ أيمانُهُم﴾[3]، أورَث شبهة.

ثم إن محمدا ذكر في الباب فروعا، بعضها تشهَد لصحةِ مذهب أبي حنيفة، وبعضها[4] لصحة مذهبهما.

منها: أنه يجب الاغتسال بنفس الإيلاج على الفاعل والمفعول به.

وإن كان رجلا، جعَل الإيلاج في الدبر، بمنزلة الإيلاج في القبل، وهذا يؤيّد قولَهما،

---

(١) وإن كان محرّما عليه ذلك، فيوجب التعزير، قال ابن الهمام: "ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لايحدّ إجماعا، كذا في الكافي، نعم فيه ما ذكرناه من التعزير، والقتل لمن اعتاده إن رأى الإمام ذلك". «فتح القدير» ٤/ ١٥٠، وقال الحصكفي: "وقالا: إن فعل في الأجانب حدّ، وإن في عبده أو أمته أو زوجته، فلا حدّ إجماعا، بل يُعزّر". «ردّالمحتار» ٣/ ١٥٥، وقال الإمام النووي: اتفق العلماء الذين يعتدّ بهم على تحريم وطء المرأة في دبرها، حائضا كانت أو طاهرا، لأحاديث كثيرة مشهورة، كحدبث: ملعون من أتى امرأة في دبرها. «شرح صحيح مسلم» للنووي، ١٠/ ٢٤٨.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٣.

(٣) تمام الآية: "إلا عَلى أزوَاجهم أو ما مَلكَتْ أيمانُهُم فإنهم غيرُ مَلُومِين" سورة المؤمنون، الآية: ٦، وسورة المعارج، الآية: ٣٠.

(٤) وزاد في الف وب: "تشهد لصحة مذهبها".

والعذر لأبي حنيفة رحمه الله أن وجوب الغسل(1) بمجرّد الإيلاج في القبل، إنما كان، لكونه مشتَهى على وَجه الكمال، وفي مثله يشتبه الإنزال، فأقيم الإيلاج مقام الإنزال، وهذا المعنى موجود في اللواطة، مع أن الغسل يحتاط في إيجابه، والحدّ يحتاط في دَرئه.

ولو أتى بهيمةً، لايجب الحد بالإجماع(2)، ولايجب الغسل ما لم ينزل، لأنه ناقص في اقتضاء الشهوة، ولا يميل إليه إلاّ السفيه الذى يتناهى شَبَقه(3)، ولهذا لايجب سَتره، ولايحرم النظر إليه، فصار بمنزلة الاستمتاع(4) بالكفّ، وثمّة لايجب الغسل ما لم ينزل.

ولو قذَف رجلا بعملِ قوم لوط، أو بإتيان المرأة الأجنبية في الدبر، عندهما يجب حد القذف، لأن هذا الفعل زنا عندهما، فالقذف به بمنزلة القذف بالزنا.

وعند أبي حنيفة لايجب حد القذف(5)، لأنه ليس بزنا، لايجب الحد على فاعله،

---

(١) كذا في الأصل، وف النسخ الأخرى: "وجوب الاغتسال".

(٢) إلا أنه يعزر، لارتكابه المنكَر، لكن ليس فيه تقدير شرعي، ففيه التعزير. راجع «الهداية» و«فتح القدير» ٤/ ١٥٢.

(٣) شَبِقَ الرجل شبَقا، فهو شَبِق، اشتدت غُلمته، وهاجت به شهوة النكاح. «المصباح المنير» ص ٣٠٣، «القاموس المحيط» ص١١٥٧.

(٤) وفي الف وب: "الاستمناء با للكف".

(٥) "القذف" ساقط من النسخ الأخرى.

فلا يجب على قاذفه[١].

وكذا لو قذف زوجتَه بذلك، عندهما يجب اللّعان، وعنده لا.

ولو قال: "يا لوطي!" لايجب الحد بالاتفاق[٢]، لأنه نسبَه إلى نبيّ من الأنبياء عليهم السلام، فصار كما لو قال: "يامحمدي".

ولو تزوج امرأةً نكاحا فاسدا، فأتاها في دبرها، لايجب الحد، ولا العُقر[٣]، ولا العدّة، ولو كان النكاح جائزا لاتحلّ للزوج الأول، وهذا يؤيّد مذهبه.

وهما يقولان: تقويم البضع في النكاح الجائز، والوطء عن شبهة، أمر[٤] عُرِف شرعًا بخلاف القياس، لكونه محلاً للتوالد. وهذا المعنى معدوم هنا، فلايَلحق به[٥].

ووجوب العدّة في الوطء عن شبهة، لصيانة الماء عن الخَلط، وأنه لايُتصوّر هنا، وإنما لايجب الحد، لأن العقد الفاسد يفيد صورةَ الإضافة بالزوجية، فيورِث شبهةً،

---

(١) راجع: «المبسوط» ٩/ ١٢٠، «بدائع الصنائع» ٧/ ٤٤، «تبيين الحقائق» للزيلعي ٣/ ٢٠٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "العُقر": صَداق المرأة إذا وطئت بشبهة، ، وسمّي العقر عُقرا لأنه يجب على الوطئ، عَقَر يعقِر، إياها بكارتها، أي: يجرحها، وفسّره ابن عابدين نقلا عن ابن الهمام: العقر: هو مهر مثلها في الجمال. «ردّالمحتار» ٢/ ٣٨٢، «المصباح المنير» ص ٤٢١، «أنيس الفقهاء» ص ١٥١.

(٤) قوله: "أمر" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٥) "به" ساقط من الف وب.

كحقيقة الإضافة[1] في النكاح الجائز.

وإنما لاتحلّ للزوج الأول بهذا الفعل[2] في النكاح الجائز إذا كان طلقها ثلاثا، لأن حِل النكاح للزوج الأول[3] معلّق بالوطء في القبل؛ لقوله عليه السّلام: «لا، حتى تذوقي عُسَيلته و يذوق عُسَيلتك»[4].

---

(١) وفي الف وب: "كحقيقة الإضافة".

(٢) "بهذا الفعل" ساقط من الف وب.

(٣) كذا في الأصل، والعبارة: "في النكاح الجائز إذا كان طلقها ثلاثا، لأن حِل النكاح للزوج الأول" ساقطة من النسخ الأخرى.

(٤) تمام الحديث: عن عايشة رضي الله عنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى رسول الله ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة، فطلّقني فبَتّ طلاقي، فتزوجت بعده عبدَ الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثلُ هُدبة الثوب، فتبسّم رسول الله ﷺ، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عُسيلتَه ويذوق عسَيلتَكِ» أخرجه مسلم في النكاح، باب لا تحلّ المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها، الحديث: ٣٥١٢، ٣٥١٣، ٣٥١٤، وأخرجه البخاري في الشهادات، باب شهادة المختبئ، الحديث: ٢٦٣٩، وأخرجه الترمذي في النكاح، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيطلقها قبل أن يدخل بها، الحديث: ١١١٨، وأخرجه ابن ماجة في النكاح، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا فتزوج فيطلقها قبل أن يدخل بها أترجع إلى الأول، الحديث: ١٩٣٢، وأخرجه النسائي في الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثا والنكاح الذي يحلّ بها، الحديث: ٣٤١١.

ولو كان النكاح جائزا، وأتاها في دبرها، لايتأكّد به المهر، لأن المهر إنما يتأكّد باستيفاء المعقود عليه، أو بالتمكّن منه، ولم يوجد.

وَروى هِشام[1] عن محمد رحمهما الله: أنه يتأكّد به المهر، لوجود التمكّن خاليا عن الموانع.

ولو نظر إلى موضع الجماع من دبر أجنبية بشهوة، لاتثبت حُرمة المصاهرة[2].

وكذا النظر إلى دبر الغلام لايحرم نكاح الأمّ والبنت، لأن سبب حرمة المصاهرة، الجزئيّة، إلا أن سبب الجزئيّة، يقام مقام الجزئية احتياطًا، والنظر داعٍ إلى الفعل فيه، والفعل فيه ليس بسبب للجزئية، فلايقام مقام الجزئية، بخلاف النظر إلى القبل، لأنه داعٍ إلى ما هو سبب الجزئية.

وكذا لو طلّق امرأته طلاقا رجعيا، ونظر إلى دبرها بشهوة، أو أتاها في دبرها،

---

(١) هِشام بن عُبيد الله الرازي، تفقّه على أبي يوسف ومحمد، ومات محمد رحمه الله في بيته بالرّيّ، ودفن في مقبرتهم، وله «النوادر» و«صلاة الأثر» وقال أبو حاتم: صَدوق، ما رأيت أعظم قدرا منه، وعن ابن حبان قال: كان هشام ثقة.

ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٨، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٠٦، الطبقات السنية برقم ٢٦٣٤، الجواهر المضية برقم ١٧٧٥، كشف الظنون ٢/ ١٩٨١، الفوائد البهية ص ٢٢٣، أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص١٥٥.

(٢) انظر: «فتح القدير» ٢/ ٣٦٥، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

لايصير مراجعا[1]، لأن الرّجعة لم توجد نصّا، إلاّ أنه إذا وطئها في القبل، جعلناه مراجعا، حملا لأمره على الحلّ والصلاح، وصيانةً له عن الحرام، وهذا الفعل مما لا يحلّ بحالٍ ما، فلايصير مراجعا.

وحكى ابن رستم[2] عن محمد رحمهما الله أنه كان يقول بحرمة المصاهرة، والرجعة، ثم رجع.

---

(١) لا خلاف بين الفقهاء أن النظر إلى دبر المطلقة طلاقا رجعيا لايعتبر رَجعة، قال ابن الهمام في بابّ الرجعة: "وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لايكون رجعة، وبه صرّح في نكاح الزيادات"، واختلفوا في الوطء في دبرها، فقال بعض الفقهاء: إنه ليس برجعة، وإليه أشار القدوري، وهو ما ذكره الشارح، لكن الفتوى على أنه رجعة، إذ هو مسّ بشهوة وزيادة، وعليه اعتمد ابن الهمام وابن نجيم والزيلعي والحصكفي وابن عابدين، فالوطء في الدبر لايوجب حرمة المصاهرة ويوجب الرجعة على الراجح، قال ابن عابدين: لأن المعتبر هنا المسّ بالشهوة، بخلاف المصاهرة، لأنه يعتبر فيها زيادة على ذلك: شهوة تكون سببا للولد، ولذا لم يوجبها ذلك الوطء. راجع: «فتح القدير» ٣/ ١٦٣، «البحر الرائق» ٢/ ١٥١، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

(٢) ابراهيم بن رستم أبو بكر المَروَزي، تفقّه على محمد بن الحسن، وسمع من مالك والثوري وشعبة وحماد وغيرهم، وروى عنه أئمة الحديث الإمام أحمد بن جنبل وزهير وغيرهم، له «النوادر» كتبها عن محمد، مات بنيسابورسنة ٢١١هـ و المروزي نسبة إلى مَرو بلدة معروفة. ترجمته في: طبقات الفقهاء لطاش كبري زاده ص ٤٣، تاج التراجم ص ٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١١١، الطبقات السنية برقم ٣٧، الجواهر المضية برقم ١٩، كشف الظنون ٢/ ١٩٨١، الفوائد البهية ص ٩، لسان الميزان ١/ ٥٦، ميزان الاعتدال ١/ ٣٠.

ولو أتى امرأةً في دبرها، لاتحرم عليه أمّها وبنتها.

من المشايخ مَن قال: هذا غلط، لأن حرمة المصاهرة ثبتت بمجرّد المسّ، وقد وجد هنا وزيادة، إلا أن الصحيح ما قال في الكتاب، لأن المسّ عن شهوة، إنما يوجب حرمة المصاهرة، لكونه داعيا إلى سبب الجزئية[1].

وعلى هذا قالوا: إن المسّ بشهوة، إذا اتصل به الإنزال، لايوجب حرمة المصاهرة، لأنه لما اتّصل به الإنزال، لايبقى د عيا إلى الوطء.

إذا قال لامرأته: "دبرك طالق"، لايقع الطلاق، وكذا لو قال لأمَته: "دبرك حرّ"، لا تعتق، بخلاف ما إذا أضاف إلى الفرج، لأن الفرج يعبّر به عن جميع البدن، أما الدبر، فلا يعبّر به عن جميع البدن.

ـ والله أعلم ـ

(١) انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥٣٠.

باب المكاتب تملكه امرأته[1]

بنى الباب على أن حقّ الملك يمنع ابتداء النكاح، ولايمنع البقاء، لأن المفسِد هو الملك والحق هو الملك من وجه.

واعتبار شبهة الملك، إن كان يمنع النكاح، فاعتبار العدم لايمنع، فوقَع الشكّ، فإذا قارن النكاح، وقع الشك في ثبوت النكاح، فلايثبت بالشك، وإذا اعترض على النكاح؛ وقَع الشكّ في الزوال، فلايزول.

ولهذا قال: إن المولى إذا تزوج بجارية، من أكسابِ مكاتَبه، لايجوز، والمكاتَب إذا اشترى منكوحة مولاه، لايفسد النكاح.

وأصل آخر: أن الدّيون إذا اجتمعت، وضاق المحل عن الوفاء بها، يبدأ بالأقوى فالأقوى، لأن الأدنى لايُزاحم الأقوى[2].

---

(١) ورد عنوان الباب في «شرح الزيادات» للعتّابي: باب الرجل يزوج ابنته مكاتَبه في فساد النكاح إذا ملكت كله أو بعضه. وزق ٢٠.

(٢) "الأدنى لايزاحم الأقوى"، قاعدة معروفة لدى الفقهاء، ذكرها قاضي خان بتعبير آخر في ص ٤٠: "الأدنى لايصلح ناقضا للأعلى"، كما ذكرها السرخسي في عدة مواضع من «المبسوط» بقوله: "الضعيف لايُفسد القوي"، ١/ ١٥٥، و"لايظهر الضعيف في مقابلة القوي"، ٦/

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله : رجل زوّج ابنتَه البالغة برضاها من مكاتَبه، جاز، لأنه لو زوّجها من عبده، يجوز، فمِن المكاتب أولى.

و إن كانت صغيرة فعند أبي حنيفة كذلك، وعندهما لايجوز، لانعدام الكفاءة[1].

فإن مات المولى، وهو معتق رجل، ولم يدَع مالاً آخر، وترك ابنتَه، ومولاه الذى أعتقه، لايبطل[2] النكاح عندنا[3]، لأن المكاتَب لايورَث، كما لايُملّك بسبب آخر.

فإن طلّقها المكاتب بعد ذلك طلاقا رجعيا، كان له أن يراجعها، لأن الرّجعة استدامة النكاح، وحق الملك لايمنع الاستدامة.

وإن طلّقها بائنا، وأراد أن يتزوّجها، لايجوز؛ لأنه ثبت لها حق الملك في رقبته، حتى إذا عجز، تملكه بالسبب السابق على النكاح، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح.

فإن مات المكاتب بعد موت المولى[4]، وترك ثلاثة آلاف درهم، وبَدل الكتابة

١٢١، و "الضيف لايُعارض القوي"، ١١/١٦.

(١) قال المرغيناني: من زوّج ابنته، وهي صغيرة عبدا، إو زوّج ابنه وهو صغير أمةً، فهو جائز، وهذا عند أبي حنيفة، لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها، وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة، فلا يجوز. انظر: «الهداية» و«فتح القدير» ٢/ ٤٢٦.

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "لايفسد".

(٣) "عندنا" ساقط من النسخ الأخرى غير الأصل.

(٤) "بعد موت المولى" ساقط من الف وب.

ألف، والمهر ألف، يبدأ بالمهر؛ لأنه دَين من كلّ وجه، وبدل الكتابة دين من وجه، ولهذا جازت الكفالة بدَين المهر، ولاتجوز ببدل الكتابة.

ثم ببدل الكتابة[1] ويكون ذلك بين البنت والمعتق نصفان، ميراثا عن المولى، وما بقي يكون[2] لورثة المكاتب.

ثم إن كانت المرأة في نكاحه، كان لها الرّبع، والباقي لغيرها، وإن لم يكن له وارث سواها، كان لها الربع، والباقي لمعتق مولاه.

وإن لم تكن المرأة في نكاحه، كان جميع ميراثه لمعتق مولاه، ولاشيء للبنت، لأنها لاترِث بالوَلاء، قال عليه السّلام: «ليس للنساء من الوَلاء إلاما أعتقن، أو أعتق من أعتقن»[3]، وعليها عِدّة الوفاة، لأنها لاتَملك شيئا من رقبة زوجها، فكان انتهاء النكاح بالموت.

---

(١) سقطت عبارة: "ثم ببدل الكتابة" من النسخ الأخرى، وثبتت في الأصل.

(٢) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) قال الزيلعي: غريب، وأخرجه البيهقي عن علي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت: أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولايورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، «سنن البيهقي» كتاب الولاء، باب لاترث النساء الولاء، ١٠/ ٣٠٦، وأخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن الحسن أنه قال: لاترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» عن علي بن أبي طالب قال: لاترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن. انظر «نصب الراية» ٤/ ١٥٤.

وإن مات المكاتب قبل الدخول، بعد موت المولى، وترك ألفا، تصرف إلى بدل الكتابة؛ لأنه لو صرف إلى المهر، يموت عاجزا، فتصير كل الرقبة، أو بعضها ملكا للمرأة، فيفسد النكاح، وهذه فرقة، حصلت من قبلها، قبل الدخول، فتوجب سقوط الصّداق[1]، فكانت البداية بالمهر إبطال المهر في الزمان الثانى، فيبدأ ببَدل الكتابة، ويحكم بالحريّة في آخر جزء من أجزاء حَياته، ولايفسد النكاح بينهما[2]، وعليها عدة الوفاة.

ثم إن ظهر للمكاتب مال من دَين أو وديعة، استوفَت صَداقها من ذلك، وإن لم يظهر، فليس هذا بأوّل دَين تَاوٍ[3].

وإن كان دخل بها، والمسألة بحالها، فإن لم يكن مع البنت وارث آخر، فكذلك، لأنّا لو بدأنا بالمهر، يموت عاجزا، فتملك جميع زوجها، وذلك يوجب سقوط كلّ الصداق، فلايسلّم لها شيئ من المأخوذ بجهة المهر، ولو أخذت بجهة الكتابة، كان سالما لها بهذه الجهة، فيبدأ ببَدل الكتابة.

وإن كان لأبيها وارث آخَر، وقد دخل بها، يبدأ بالمهر هنا؛ لأنّا لو بَدأنا بالمهر،

---

(١) وفي الف وب: "فتوجب سقوط كل المهر"

(٢) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) أي: هالك، تَوِي المال، يتوَى توىً، التوى: الهلاك، وذهاب مال لايُرجى. «القاموس المحيط» ص١٦٣٤، «تهذيب لسان العرب» ١/ ١٣٨.

حتى[1] يموت عاجزا، لاتَملك جميع زوجها، وإنما تملك قدرَ نصيبها، و المرأة إذا ملكت بعض زوجها بعد الدخول، لايسقط كل المهر، وإنما يسقط بقدر ما ملكت.

والأصل: هو البداية بالمهر، إلاّ إذا أدّى ذلك إلى إبطال كل المهر، وإذا بَدأنا بالمهر، يموت عاجزا، فتصير الرقبة مع الكسب ميراثا[2] بينها وبين العصبة نصفان، فيسقط نصف الصداق بقدر ماملَكت من زوجها، ويبقى النصف في نصيب الوارث الآخر من الأب، فتأخذ نصف الألف ميراثا عن الأب، والنّصف من العصبة بحكم المهر، فيسلّم جميع الألف لها بهذا الطريق، ويفسد النكاح.

وعليها عدّة فساد النكاح ثلاث حيض؛ لأنه مات عاجزا، فملكت بعض الزوج، فيفسد النكاح بعد الدخول.

وإن ترك المكاتب[3] أقلّ من ألف درهم، فقد مات عاجزا على كل حال، فإن كان قبل الدخول، يسقط كلّ المهر، وما ترك، فهو بينها و بين مولى الأب، ميراثا عن الأب نصفان، لأنه كسب عبدٍ مشتركٍ.

فإن كان بعد الدخول: فإن لم يكن للمولى معها وارث آخر، بطَل جميع المهر، وما ترك يكون لها، ميراثاً عن الأب.

---

(١) "حتى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وزاد في الف وب: "ميراثا عن الأب".

(٣) "المكاتب" ساقط من الف وب.

وإن كان مَعَها عَصَبَة، يبطل نصف المهر، بقدر ما ملكت من رقبة زوجها[1]، ويبقى نصف المهر في نصيب العصبة، فتأخذ نصف الكسب بالميراث، والباقي من العصبة، بما بقي لها من المهر، ولاعدّة عليها إن كان قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول. تعتدّ بثلاث حيض.

وإن كان ترك ألفاً و زيادة هي أقلّ من ألفين، فإن كان قبل الدخول، يبدأ بالكتابة، لأنا لو بدآنا بالمهر، يموت عاجزا، فيبطل كل المهر، وإن بدأنا بالكتابة نحكم بحُرّيته، و نأخذ ما فضُل من بدل الكتابة بالمهر.

وإن كان بعد الدخول، إن لم يكن معها وارث آخر، فكذلك، وإن كان معها وارث آخر، بُدِئ بالمهر، لأنه أقوى، ولو بُدئ بالمهر، لايسقط كله، وإذا بدأنا بالمهر، فما بقي، لايفي ببدل الكتابة، فتبيّن أنه مات عاجزا، فكان ما بقي، بينها وبين مولى الأب نصفين.

والألف الذى صرف إلى المهر، لها النصف منها بحكم الميراث، ونصف الألف للوارث الآخر. ولها أن تأخذ ذلك مما بقي من دَينها من نصيب الوارث الآخر، فيسلّم جميع الألف لها بهذا الطريق.

وإن كان المكاتَب تَرك ألفَي درهم، يبدأ بالصداق، لأنه أقوى، ويُصرف الباقي إلى المكاتبة، ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، وعليها عدّة الوفاة.

(١) "بقدر ما ملكت من رقبة زوجها" ساقط من الف وب.

ولو لم يمت المكاتب، ولكنّه عجَز، فسَد النكاح بينهما.

فإن كان قبل الدخول، يسقط جميع الصداق. لأن هذه فُرقة جاءت من قِبَلها، قبل الدخول، لأن علّة الفساد الملك، والملك يضاف إلى المالك، لا إلى المملوك، ويكون الكسب مع العبد بينها وبين معتق الأب نصفان.

وإن كان بعد الدخول، سقط نصف المهر بقدر ما ملكت من رقبة زوجها، ويبقى نصف المهر في نصيب الوارث الآخر، ويقال للوارث الآخر: إمّا أن تقضي دَين نصيبك، أو تبيع نصيبَك بالدين، كما هو الحكم في دَين العبد.

فإن كان في يد المكاتب ما لايفي ببدَل الكتابة، يُحكم بعجزه، وإن كان في يده مايَفي ببدل الكتابة، لايُحكم بعجزه، لأنه حَيّ، يؤدّى بدل الكتابة، فلايحكم بعجزه، بل يستوفي بدل الكتابة مما في يده، ويحكم بحريته، وتَتْبَعه المرأة بمهرها.

ـ والله أعلم ـ

كتاب الطلاق

باب من المشيئة والمحبّة والإرادة

في الباب عشرة ألفاظ:

أربعة منها ألفاظ التمليك: المشيئة، والمحبة، والإرادة، والرضى.

وستة ليست للتمليك وهي: الأمر، والإذن، والقضاء، والحكم، والعلم، والقدرة.

وجعل كلّ ذلك على وجهين: إما إن كان مضافا إلى الله تعالى[1] أو إلى العباد[2].

وكل وجه على وجوه ثلاثة: إما إن كانت الإضافة بحرف الباء، أو بحرف اللام، أو بكلمة "في".

والأصل فيه: أن حرف الباء للإلصاق[3]، يقال: "كتبت بالقلم"، "وضربت بالسيف".

---

(١) كقول الرجل لزوجته: أنتِ طالق بمشيئة الله، ومحبته، وإرادته . . .

(٢) كقول الرجل لزوجته: أنتِ طالق بمشيئة فلان، ومحبته، وإرادته . . .

(٣) انظر «أصول السرخسي» باب بيان معاني الحروف المستعملة في الفقه، ١/ ٢٢٧.

وحرف اللام للتعليل، قال عليه السلام: «صوموا لرؤيته وأفطِروا لرؤيته»[1].

وكلمة "في" للظرف حقيقة، فإذا دخلت على الفعل يراد بها الشرط، ولهذا لو قال لامرأته: "أنتِ طالق في دخولكِ الدار"[2]، لايقع ما لم تدخل[3].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لامرأته: أنتِ طالق بمشيئة الله، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برضاه، لايقع[4]، ويكون استثناء[5].

---

(١) أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال والفطر لرؤية الهلال، الحديث: ٢٥١١ و٢٥١٢، وأخرجه البخاري في كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا، الحديث: ١٩٠٩، وأخرجه النسائي في الصيام، باب إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم وذكر اختلاف الناقلين عن أبي هريرة، الحديث: ٢١١٦ و٢١١٧.

(٢) "الدار" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كلمة "في" للظرف باعتبار أصل الوضع، والظرف أنواع ثلاثة: ظرف الزمان. وظرف المكان، وظرف الفعل، وظرف المكان مثل قوله: أنت طالق في الدار، فإنه يقع الطلاق عليها حيثما تكون، لأن المكان لايصلح ظرفا للطلاق، إلا أن يقول: عنيتُ: إذا دخلت. فحينئذ لايقع الطلاق ما لم تدخل باعتبار أنه كنى بالمكان عن الفعل الموجود فيه، أو أضمَر الفعل في كلامه، فكأنه قال: أنت طالق في دخولك الدار، وهذا هو ظرف الفعل. ملخصاً من «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٤) ذكره السرخسي في أصوله بقوله: و على هذا قال في الزيادات: إذا قال أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بحكمه لم تطلق، وكذلك سائر أخواتها؛ لأن الباء للإلصاق، فيكون دليلا على

وإن قال: بمشيئة فلان، أو بمحبّته، أو بإرادته، أو برضاه، أو بهواه، كان تمليكا[1]، إن قال فلان في المجلس: شئت، أو رضيت، أو ما أشبه ذلك، يقع وإلاّ فلا[2].

وفي غير ألفاظ التمليك بأن قال: بأمر الله، أو بإذن الله، أو بحكم الله، أو بعلم الله، أو غيرها من الألفاظ، يقع الطلاق[3]، وكذا إذا أضاف إلى العبد، وقال: بأمر فلان أو غيرها[4]، يقع الطلاق[5].

لأن حرف الباء للإلصاق، وإلصاق الطلاق بالمشيئة أو غيرها في معنى التعليق، فإن الطلاق إذا التصق بالمشيئة وغيرها[6]، يتعلق الوقوع بوجودها، والتعليق بالموجود تنجيز،

معنى الشرط، مفضيا إليه. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٨.

(٥) يقول ابن عابدين موجّها له: لأن الباء للإلصاق، وهو المعنى الحقيقي لها، فيلتصق وقوع الطلاق بأحد هذه الأربعة، وهي غيب لا يطلع عليها، فلا تطلق بالشك. «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(١) وفي حال كون هذه الأربعة للتمليك، يقتصر على المجلس، أي: مجلس اعلم، فإن شاء فيه طلّقت، وإلا خرج الأمر من يده. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٢) راجع: «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢١، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٧٠، «ردّالمحتار» ٢/ ٤٨٥.

(٣) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) يقع الطلاق في كلتا الحالتين، قال ابن عابدين: إذ يُراد بمثله التنجيز عرفا، انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٥) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) لفظ: "وغيرها" ساقط من النسخ الأخرى.

وبأمر في المستقبل ليس بتنجيز[1].

وحرف الباء يستعمل في الماضي، قال الله تعالى: «ذلكَ بما قَدّمَتْ يَدَاكَ»[2].

ويستعمل في المستقبل أيضا حتى لو قال لها: أنت طالق بدخولك الدار، أو أنت طالق بقبولك الألف، يتعلق بدخول وقبول في المستقبل.

ففي ألفاظ التمليك يراد بها المستقبل عُرفا، يقول الرجل: "أنا خارج إلى موضع كذا بمشيئة الله"، ويريد بها أن يظهر عندها في المستقبل.

وإذا انصرف إليها صار كأنه قال: أنت طالق إن شاء الله، أو أنت طالق إن شاء فلان، ولو قال هكذا، ففي الإضافة إلى الله تعالى يكون[3] استثناء، وفي الإضافة إلى العبد يكون تمليكا[4]، فكذا إذا ذكر بحرف الباء.

وفي غير ألفاظ التمليك يراد بها، الموجود في الماضي عرفا، يقول الرجل: "لي على فلان ألف، بأمر فلان، أو بحكمه"[5]، يقتضي أمرا وحكما سابقا، والتعليق بالماضي[6] تنجيز، هذا إذا ذكر بحرف الباء.

---

(١) قال الإمام السرخسي: إن كان الفعل سابقا أو موجودا في الحال يكون تنجيزا، وإن كان منتظرا يتعلق الوقوع بوجوده، كما هو حكم الشرط. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٢) سورة الحج، الآية: ١٠.

(٣) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) انظر «ردّالمحتار» ٣/ ٣٧٣.

(٥) جاء في (ا) و (ب): "علي ألف درهم بأمر فلان وحكمه".

(٦) كذا في الأصل، وفي بقيّة النسخ: "بالموجود"، وكلاهما صحيح.

وإن ذكر بحرف اللام، يقع الطلاق[1] في الألفاظ كلّها، أضاف إلى الله تعالى، أو إلى العباد؛ لأن حرف اللّام للتعليل، والعلّة تكون سابقة، كأنّه قال: "أنتِ طالق؛ لأن الله تعالى شاء طلاقك"، فقد أوقع الطلاق، وبيّن العلّة، ولو لم يُبيِّن، كان واقعا، فبعد بيان العلّة أولى[2].

وإن ذكر بكلمة "في" لايقع الطلاق[3] في الألفاظ كلّها للحال، ويكون تعليقا، أضاف إلى الله تعالى أو إلى العباد، إلاّ في قوله: "أنتِ طالق[4] في علم الله"، فإنه يقع في الحال؛ لأن كلمة " [illegible] ـدا أضيف إلى ما لايعرف وجوده، يكون تعليقا[5].

---

(١) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) إن ذكر باللام، يقع الطلاق، سواء أضاف الطلاق إلى الله أو إلى العبد. لأن اللام للتعليل، أي: تعليل الإيقاع، كقوله: أنت طالق لدخولك الدار، والإيقاع لايتوقف على وجود علّته، ولايقال: إن المشيئة ونحوها غير معلومة، ولاكون محبة الله تعالى للطلاق معدومة، لكونه أبغض الحلال إلى الله تعالى. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

(٣) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "أنت طالق" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٥) لقد فرّق ابن عابدين بين الإضافة إلى الله والإضافة إلى العبد، حيث قال: إن الإضافة إلى الله تعالى لايقع في الوجوه كلها إلا في العلم، فإنه يقع في الحال، وإن أضاف إلى العبد كان تمليكا في الأربع الأول، تعليقا في غيرها، وعلّل عدم وقوع الطلاق حين الإضافة إلى الله، لأن "في" بمعنى الشرط، فيكون تعليقا بما لايوقف عليه، وقد قال: "إلا في علم الله"، فإنه يقع في الحال، لأنه لايصح نفيه عن الله تعالى بحال، لأنه يعلم ما كان، وما لم يكن، فكان تعليقا بأمر موجود، فيكون إيقاعا. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٣.

ولهذا لو قال: "أنتِ طالق في دخولك الدار"، لايقع الطلاق[1] ما لم تدخل، لفقه: وهو أن "في" للظرف حقيقة، فإذا دخل على[2] الفعل، والفعل لايَصلح ظرفاً، يجعَل مجازا عن الشرط؛ لأن بين الظرف والمظروف اتصالا من حيث[3] المجاورة، وبين الشرط والجزاء اتصالا من حيث التعليق[4].

إذا ثبت هذا فنقول: مَشيئةُ الله، وإرادته، وحكمه، وإن كانت موجودة، إلاّ أنها غير ظاهرة لنا؛ لأنّا لاندري أن الله تعالى شاء أو لم يشأ، حكَم أو لم يحكم، فصار التعليق بها كالتعليق بشرط في المستقبل، وثَمّة لايقع الطلاق[5]، كذلك هنا[6].

بخلاف قوله: "أنتِ طالق في علم الله"، فإنه يقع الطلاق[7] في الحال؛ لأن علم الله تعالى مُحيط بالأشياء، علِم ما كان، وما لم يكن، لايقال: "عَلِم" و "لم يَعلَم"، فقد

---

(١) لفظ: "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ا) و (ب): "في اعل"، وهو خطأ.

(٣) "حيث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قال السرخسي في بيان قوله: "أنت طالق في دخولك الدار": هذا هو ظرف الفعل على معنى أن الفعل لايصلح ظرفا للطلاق حقيقة، ولكن بين الظرف والشرط مناسبة من حيث المقارنة، أو من حيث تعلق الجزاء بالشرط بمنزلة قيام المظروف بالظرف، فتصير الكلمة بمعنى الشرط مجازا. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٤.

(٥) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) انظر «ردّالمحتار» ٣/ ٣٧١.

(٧) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

علّق الطلاق بأمر موجود، فيكون إيقاعا.

بخلاف المشيئة وغيرها، ولهذا يَصحّ أن يقال: "شاء الله كذا"، و "لم يشأ كذا"، و "حكَم" و "لم يحكم"، [ولايصحّ أن يقال: "علِم الله كذا"، و "لم يعلم كذا"][1].

ولأن العلم يُذكر، ويراد به المعلوم، يقال في الدعاء: "اللهم اغفِر لنا علمَك فينا"، أي معلومك فينا، ولو قال: "أنتِ طالق في معلوم الله"، يقع[2].

لايلزم على هذا "القدرة"، فإنه لو قال: "أنت طالق في قدرة الله تعالى"، لايقَع، وجميع الأشياء في قدرته، كما لايوصف بِضدّ العلم، لايوصف بضدّ القدرة.

قالوا: هذا غلَط، بل يقع الطلاق في الحال، كما في العلم، والصحيح أنه لايقع؛ لأن "القدرة" تذكر، ويراد بها التقدير، قال الله تعالى: «فَقَدَرْنَا فنعمَ القَادرون»[3]. وقال الله تعالى: «إلاّ امرأتَه قَدّرنا إنها لمِنَ الغابِرين»[4]، قُرِئ بالتشديد والتخفيف[5].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل.

(٢) يتضّح الكلام بما نقله السرخسي في أصوله عن الزيادات: وقال في الزيادات: إذا قال: أنت طالق في مشيئة الله أو في إرادته، لم تطلق، بمنزلة قوله: إن شاء الله، إلا في قوله: "في علم الله"، فإنها تطلق، لأن العلم يستعمل عادة بمعنى المعلوم، يقال: علم أبي حنيفة، ويقول الرجل: "الهم اغفر لنا علمك فينا"، أي معلومك، وعلى هذا المعنى يستحيل جعله بمعنى الشرط. «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٣) سورة المرسلات، الآية: ٢٣.

(٤) سورة الحجر، الآية: ٦٠.

(٥) قال ابن مَهران: قرأ أبوبكر بتخفيف الدال، وفي النمل أيضا، انظر «الغاية في القراءات العشر»

فكأنّ معناه: أنتِ طالق في تقدير الله، وثَمّة لايقع[1]؛ لأنه لايوقف على تقديره، حتى لو أراد بها حقيقة القُدرة، يقع في الحال[2].

وفي «النوادر»: لو قال: "أنتِ طالق في قول القضاة"، أو في قول الفقهاء، أو في قول فلان القاضي، أو فلان المفتي، أو في القضاء، أو في القُرآن، يقع الطلاق قضاء[3]، وفيما بينه وبين الله تعالى لايقع، ما لم ينوِ، لمكان الاحتمال.

ـ والله أعلم ـ

ص ١٨٦، للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن مهران النيسابوري، المتوفي ٣٨١هـ.

(١) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٢) المراد بحقيقة القدرة ضدّ العجز، فإن القدرة صفة منافية للعجز، فيكون تعليقا بأمر موجود حيث أن الله قادر، ولايعجزه شيء، فيقع حينئذ الطلاق، أما إن نوى بالقدرة التقدير، فلا يقع، لأنه تعالى قد يقدّر شيئا، وقد لايقدّره. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥١٤.

(٣) لأن قول القضاة والفقهاء يقتضي الأمرين، فإذا خصص دِين، ولا يسمع في القضاء، لأنه غير ظاهر. انظر «ردّالمحتار»/ ٤٦٠.

باب الطلاق الذي يقع على[1] واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها والعتاق في ذلك[2]

أصل الباب: أن الطلاق والعتاق كما يَصحّ في المعلوم، يَصحّ في المجهول، ويتعلّق نزوله في المعين بشرط البيان[3]، حتى أن ما لايَقبل التعليق، لايصح في المجهول.

والطلاق والعتاق يقبلان التعليق بسائر الشروط، فيقبَلان التعليق بشرط البيان، ويكون البيان[4] إلى الموقِع؛ لأنه هو المجمِل، فإذا فات البيان بموته، وجب التنزيل على اعتبار الأحوال.

وحرف آخر: أن البيان في الطلاق المبهَم، والعتاق المبهَم، إنشاء من وجه، إظهار من وجه؛ لأن العتاق المبهم[5] في المعيّن غير واقع قبل البيان؛ لأن قوله: "إحداكما" لايتناول المعيّن، وبعد البيان يصير واقعا في المعيّن، فكان البيان إنشاء من هذا الوجه.

---

(١) زاد هنا في (ا) و (ب): "امرأة".

(٢) وفي (ا) و (ب): "في مثله".

(٣) أي: توضيح القائل ماذا يريد بقوله.

(٤) عرّفه السرخسي بقوله: البيان: هو إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطب، منفصلا عما تستر به.
إذا قال الرجل: بين فلان كذا بيانا واضحا، فإنما يفهم منه أنه أظهره إظهارا لايبقى معه شك.
انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥.

(٥) "العتاق المبهم" ساقط من بقية النسخ.

ومن حيث أن محلَّ الطلاق فيهما لايَعدُوهما، فالطلاق قبل البيان[1] واقع في المحلّ،[2] ولهذا لو قال لامرأتيه قبل الدخول بهما: "إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة"، بانتَا جميعاً، ولهذا يُجبر الموقِع[3] على البيان. والإنسان لايُجبر على إنشاء الطلاق، فكان البيان إظهارا.

فلمّا كان البيان متردّداً بين الإظهار والإنشاء، جعلناه إنشاءً فيما يرجع إلى المحل؛ لأن المحل مجهول، فلايملك البيان بعد فوَات المحل، وجعلناه إظهارا في حق الزوج؛ لأن الموقَع معلوم.

وفي الباب فصلان: فصل في العتق المبهم، وفصل في الطلاق [المبهم].[4]

---

(١) "قبل البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) قال في «الفتاوى التاتارخانية»: وذكر محمد في الأصل ما يدل على أن الطلاق المبهم نا زل في المحل، فإنه ذكر أن رجلا تحته أربع نسوة لم يدخل بهن، فقال "إحدا كن طالق" ثم تزوج خامسة، جاز نكاحها؛ ولو لم يكن الطلاق المبهم نازلا في المحل كان هذا تزوجها با لخامسة، وهو حرام، واختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا: في المسالة روايتان، على رواية الأصل الطلاق المبهم نازل في المحل، وعلى رواية الزيادات يقع، وبعض مشايخنا قالوا: ما ذكر في الزيادات قول أبي حنيفة وما ذكر في الأصل قولهما؛ وقال بعضهم: الطلاق المبهم نازل في المحل في حق معنى يرجع به الموقع، ويختص به، غير نازل في المحل في حق معنى يرجع إلى المحل، و يختص به، والعتاق المبهم كذلك، وهو الأصح. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٣) "الموقع" ساقط من بقية النسخ.

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

أما الفصل الأوّل :

قال محمد رحمه الله : رجل له ثلاثة أعبُد ، دخل عليه اثنان ، فقال : " أحدكما حرّ " ، ثم خرج أحَدُهما ، ودخل الثالث[1] ، فقال : " أحدكما حرّ " ، فما دام حيّاً ، يؤمَر بالبيان ؛ لأن الإبهام جاء من جهته .

فإن قال : عَنَيت بالكلام الأوّل : الخارج ، عتق هو ، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ؛ لأن الكلام الثاني قد صَحّ ، لأنه خرج بين العبدين . وإن قال : عَنَيت بالكلام الأوّل : الثابت ، عتق هو ، وبطل الكلام الثاني ؛ لأنه بقي دائرا بين الحرّ والعبد .

هذا إذا بدأ ببيان الكلام الأوّل ، فإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال : عَنيت به : الداخل ، عتق الداخل ، ويبيّن الأوّل في أيّهما شاء .

وإن بيّن الكلام الثاني في الثابت ، عتق الثابت بالكلام الثاني ، والخارج بالكلام الأوّل ؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بينهما ، فإذا عتق الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الأوّل .

وفيه إشكال : وهو أنه إذا بدأ ببيان الكلام الثاني ، وبيّن العتق[2] في الداخل ، فقد تبيّن أن الكلام الثاني صحيح ، وإنّما يَصحّ الكلام[3] الثاني إذا لم يعتق الثابت بالكلام الأوّل ، وإذا لم يعتق الثابت بالكلام الأوّل ، يعتق الخارج ضرورة ، فوجب أن يعتق الخارج

---

(١) وفي (ا) و (ب) : " الآخر " بدل " الثالث " .

(٢) " العتق " ساقط من (ا) و (ب) .

(٣) " الكلام " ساقط من النسخ الأخرى .

في هذه الصورة، ولايخير، وقد قال في الكتاب بأنه يخير[١]، والجواب نذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فإن مات المولى قبل البيان، شاع العتق بينهم على اعتبار الأحوال، فيعتق من الخارج نصفُه، ومن الثابت ثلاثة أرباعه، ومن الداخل نصفه.

وقال محمد رحمه الله: رُبعه، أما الخارج: يعتق منه نصفه[٢]؛ لأن الكلام الأوّل أوجب عتقَ رقبة وهي دائرة بين[٣] الخارج والثابت، فيعتق من كلّ واحد منهما نصفه، ويعتق من الثابت ثلاثة أرباعه؛ لأن نصفه عتق بالكلام الأوّل، والكلام الثاني صحيح أيضا؛ لأن الثابت وقت التكلّم بالكلام الثاني عبد؛ لأنه معيّن، والعتق الأوّل لم يصادف المعيّن، فصحّ الكلام الثاني[٤]، وموجَبه عتق رقبة بينه وبين الداخل.

فإن أراد بالكلام الثاني الداخل، عتق كلّه، وإن أراد به الثابت، عتق نصفه؛ لأنه استحقّ عتق النصف بالكلام الأوّل، فالنصف الباقي من الثابت، يعتق في حال دون حال[٥]، فيتنَصّف النصف، فيعتقُ رُبعه بالكلام الثاني[٦] ضمّ هذا إلى ما عتق بالكلام

(١) كذا في الأصل، وسقطت العبارة من قوله: "وإذا لم يعتق الثابت" إلى آخره من النسخ الأخرى وجاء فيها: فتعيّن الخارج ضرورةً، فوَجب أن لايخيّر عنده".

(٢) قوله: "يعتق منه نصفه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "وهي دائرة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "فصح الكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) كذا في النسخ الأخرى، وفي الأصل: "يعتق في حال ولا يعتق في حال".

(٦) "بالكلام الثاني" ساقط من النسخ الأخرى.

الأوّل، فيعتق منه ثلاثة أرباعه.

وأمّا الداخل: قال محمد رحمه الله: يعتق منه ربعه؛ لأن الكلام الثاني صحيح في حال دون حال؛ لأنه إن أراد بالكلام الأوّل الثابت، لايصحّ الكلام الثاني؛ لأنه يكون جامعا بين الحرّ والعبد. ولو أراد به الخارج، يَصحّ الكلام الثاني، فكان الكلام الثاني صحيحا في حال دون حال، [1] ولو صَحّ مطلقا، كان الثابت به عتق رقبة، فإذا صَحّ في حال دون حال، يتنصفّ، فيعتق به نصف رقبة بينهما، لكل واحد منهما الربع، ولهذا كان حَظّ الثابت من الكلام الثاني.

وهما يقولان: الإيجاب الثاني صحيح على كل حال؛ لأن الثابت معيّن، والكلام الأوّل لم يصادف المعيّن، فكان الثابت [2] عبدا، فصح الكلام الثاني موجبا عتق رقبة بينهما، لكل واحد منهما النصف، وإنما يعتق من الثابت ربعه بالكام الثاني [3]؛ لأنه إن كان هو المراد، يعتق نصفه، وإن كان المراد هو الداخل، لايعتق من الثابت هذا النصف، فيتنصف هذا النصف، فلهذا عتق ربعه [4].

أو نقول: الكلام الثاني أوجَب عتق رقبة بين الداخل والثابت، فيعتق من الثابت نصفُه بالكلام الثاني، [5] شائعا نصفه في النصف الذي عتق بالكلام الأوّل فلايزداد ذلك،

(١) العبارة: "فكان الكلام الثاني صحيحا في حال دون حال" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الثابت" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "بالكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجاءت العبارة في النسخ الأخرى: "لا يعتق من الثابت هذا، فيعتق ربعه".

(٥) "بالكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

ونصف النصف[1] وهو الربع في النصف الذي لم يعتق، فلهذا يعتق منه ثلاثة أرباعه.

هذا اذا كان القول [منه][2] في الصحة، فإن كان في المرض، فعلى قول أبي حنيفة، وأبي يوسف يعتق رقبة وثلاثة أرباع رقبة، وعلى قول محمد رقبة ونصف.

فإن كان ذلك يخرج من ثلث ماله، فهذا وما لو كان في الصحة سواء، وإن كان لايخرج من الثلث[3] وأجازت الورثة، فكذلك، وإن لم يجز الورثة[4]، قسّم الثلث بينهم على قدر سِهَامِهِم، فيحتاج إلى حساب:

له نصف وربع، وأقلّ ذلك أربعة، فاجعل كلّ رقبة أربعة، فحقّ الخارج في سَهمين، وحق الثابت في ثلاثة أسهُم، وحق الداخل عندهما في سهمين، فبلَغ ذلك سبعة. اجعل ذلك ثلث المال

وإذا جعلنا ثلثَ المال سبعة، كان جميعه إحدى وعشرين[5]، كل رقبة سبعة: عتق من الخارج سهمان، ويسعى في خمسة، ويعتق[6] من الثابت ثلاثة، ويسعى في أربعة، ومن الداخل سهمان، ويسعى في خمسة، فيكون سهام السعاية أربعة عشر، وسهام العتق سبعة، فاستقام الثلث والثلثان.

---

(١) وفي بقية النسخ: "ونصفه".

(٢) "ما بين المعكوفتين" ساقط من الأصل.

(٣) "من الثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الورثة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) في الأصل: "أحد وعشرون" وهو خطاء.

(٦) "يعتق" ساقط من النسخ الأخرى.

وعلى قول محمد رحمه الله سهام الوصايا ستّة ؛ لأن عنده حقّ الداخل في الربع ، وهو سَهم ، فيكون سهام الوصايا ستة ، اجعل هذا ثلث المال[1] ، وجميع المال ثمانية عشر ، والمسألة إلى آخرها .

وإن مات واحدٌ من العبيد قبل موت المولى ، فنقول : إن مات الثابت ، عتق الخارج والداخل عندهم ؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بين الخارج والثابت ، فإذا زالت مزاحمة الثابت بموته ، تعيّن الخارج بالكلام الأوّل ، وكذا الكلام الثاني كان[2] دائر بين الداخل والثابت ، فإذا زالت مزاحمت الثابت ، تعيّن الداخل للكلام الثاني[3] .

وهذا على قولهما ظاهر ؛ لأن كل واحد من الإيجابَين صحيح ، وكذلك عند محمد ؛ لأن عنده الكلام متردّد بين الصحة وعدمها ، ما دام الكلام الأوّل دائرا بين الخارج والثابت .

فأمّا إذا مات الثابت ، مات عبدا ، وتعيّن الخارج بالكلام الأوّل ؛ لكون الكلام الثاني صحيحا من كل وجه ، فكان هذا قول الكلّ .

وإن مات الخارج ، عتق الثابت بالكلام الأوّل ، وبطل الكلام الثاني ضرورةً ، وإن مات الداخل ، يقال للمولى : بيّن الكلام الأوّل ، إن أوقعه على الخارج ، عتق الثابت بالكلام الثاني ، وإن أوقعه على الثابت ، بطل الكلام الثاني ، لما قلنا .

وفي « الأمالي » إن مات الخارج ، عتق الباقيان ؛ لأن على رواية الأمالي ، الإيجاب

---

(١) سقطت العبارة من قوله : "لأن عنده" من (ا) و (ب) .

(٢) وفيالنسخ الأخرى : " وكذا الثاني دائر" .

(٣) كذا في الأصل ، وجاء في (ج) و (د) : "وقد زالت مزاحمته فتعين الداخل" .

الثاني صحيح، والعتق عند البيان يقَع مقصورا على البيان، فإذا مات الخارج، تعيّن الثابت بالكلام الأوّل، فتعيّن الداخل بالكلام الثاني ضرورةً.

وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا أن تعيّن الثابت للكلام الأوّل، يبطل الكلام الثاني ضرورة[1].

وأما فصل الطلاق:

رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بواحدة منهنّ، دخل عليه امرأتان، فقال: "إحداكما طالق"، فخرجت إحداهما، ودخلت الثالثة[2]، فقال: "إحداكما طالق"، فما دام الزوج، حيّا يؤمر بالبيان[3].

فإن قال: عنَيت بالكلام الأوّل الخارجة، وقع الطلاق عليها، ويؤمَر بالبيان في الثاني، ففي أيّتهما بيَّن طلّقت. وإن أراد بالكلام الأوّل الثابتة، طلّقت الثابتة بالكلام الأول[4] وبطل الكلام الثاني، لما ذكرنا في الإعتاق.

ولو بدأ ببيان الكلام الثاني، إن بيّن الكلام[5] الثاني في الداخلة، يقال له: أوقِع الطلاق الأوّل على أيتهما شئت. وإن بيّن الكلامِ الثاني في الثابتة، طلّقت الخارجة بالكلام

(١) هذه الفقرة كلها ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي النسخ الأخرى: "ودخلت الأخرى.

(٣) انظر بعض صور الطلاق المبهم، وبيانها، وأحكامها في «فتح القدير» ٣/ ١٥٩، و «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٠.

(٤) قوله: "الثابتة با لكلام الأول" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "الكلام" ساقط من بقيية النسخ.

الأوّل، بمنزلة ما لو قال لها بعد الكلام الأوّل: "طلّقتك".

وإن مات الزوج قبل البيان، يوزع حكم الطلاق على اعتبار الأحوال، والأحكام ثلاثة: حكم المهر، وحكم الميراث، وحكم العدة.

أما حكم المهر: للخارجة ثلاثة أرباع مهرها، وللثابتة خمسة أثمان مهرها، وللداخلة سبعة أثمَان مهرها؛ لأنّ بالكلام الأوّل سقط نصف صَداق بين الخارجة والثابتة، فيسقط من صَداق كل واحدة منهما[1] الرّبع، والكلام الثاني لايتناول الخارجة، فبقي للخارجة ثلاثة أرباع المهر[2].

وأما الثابتة: فقد سقط من صداقها الربع بالكلام الأوّل، والكلام الثاني متردّد، إن أراد بالكلام الأوّل الثابتة، لايصحّ الكلام الثاني، وإن أراد الخارجة، صح الكلام الثاني[3] فيتنَصّف النصف، فيسقط به الربع من ذلك[4] بين الثابتة والداخلة، فيسقط من صداق كل واحدة منهما الثُّمن، فالثابتة سقط من صداقها مَرّة الربع، ومرّة الثمن، بقي لها خمسة الأثمان. والداخلة لم يسقط من صداقها إلاّ الثمن، فبقي لها سبعة أثمان المهر.

قيل: هذا قول محمد رحمه الله، أما على قولهما: الإيجاب الثاني صحيح على كلِ حال، لما ذكرنا في العتاق، وإذا صَحّ الكلام الثاني[5]، كان للداخلة ثلاثة أرباع المهر،

---

(١) "منهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) سقطت العبارة من قوله: "والكلام الثاني لا يتناول" إلى آخر الفقرة من (ا) و (ب).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "وإن أراد الخارجة، يصح".

(٤) قوله: "من ذلك" ساقط من(ج) و (د).

(٥) "وإذا صح الكلام الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

ومنهم من قال: بأن هذا قول الكلّ.

وفرّق لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بين الطلاق والعتاق، والفرق أن العبيد لهم أحوال ثلاثة: حالة الرّق، وحالة الحرّية، وحالة متردّدة[1]: وهي حالة الكتابة، وعتق البعض والسعاية في قول أبي حنيفة رحمه الله، والثابت إذا تردّد حالُه بين الرّقّ والحرّية، كان محلاًّ للعتق، وأمكن تصحيح الكلام الثاني على كلّ حال.

أما النساء: ليس لهن إلاّ حالتان: حالة النكاح، وحالة الطلاق. والطلاق لايتجزّأ عند الكل[2]، إذا طلّقت نصف الثابتة بالتوزيع، طلّقت كلّها، فلايصحّ الإيجاب الثاني، فلابدّ من اعتبار الأحوال في الطلاق، هذا هو حكم المهر[3].

وأما حكم الميراث: النصف للداخلة، والنصف الآخر بين الخارجة والثابتة نصفان؛ لأن الداخلة وارثة، لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فإنّ الطلاق الأوّل لو وقع على الثابتة، لايصحّ [الكلام][4] الثاني، ويكون الميراث بين الخارجة والداخلة نصفان، وإن كان

---

(١) وفي (ا) و (ب): "حالة العتق وحالة الرق وحالة مترددة".

(٢) ولهذا لو طلّق أحد امرأته نصف تطليقة أو ثلثها، كانت طالقا تطليقة واحدة، لان الطلاق لايتجزأ، وذكر بعض ما لايتجزأ كذكر الكل، كالعفو عن القصاص، صيانة للكلام عن الإلغاء، وتغليبا للمحرم على المبيح، وإعمالا للدليل بقدر الإمكان. يرجع إلى: «الهداية» للمرغيناني، و شرحها «العناية» للبابرتي، ٣/ ٥٤.

(٣) "هذا هو حكم المهر" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من "الأصل وزيد من" النسخ الأخرى.

الطلاق الأول وقع على الخارجة صح الكلام الثاني[1].

وميراث النساء متردّد بين الثابتة والداخلة، وليست إحداهما أولى من الأخرى[2]، فيكون بينهما نصفان، فكان للداخلة نصف الميراث على كل حال، والنصف الآخر متردّد بين الخارجة والثابتة، وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فيكون بينهما نصفان.

وعلى كل واحدة عدّة الوفاة احتياطا؛ لاحتمال وجوبها على كل واحدة منهن، وعدّة الطلاق لا يُتصور وجوبها.

وإن لم يمت الزوج، ولكن ماتت إحداهن، إن ماتت الثابتة، طلّقت الخارجة والداخلة؛ [لزوال مزاحمتهما في الإيجابين، لما ذكرنا في العتاق، وإن ماتت الخارجة طلّقت الثابتة بالكلام الأوّل، وبطل الكلام الثاني][3]؛ لأن الكلام الأوّل كان دائرا بين الخارجة والثابتة، وبموت الثابتة زالت مزاحمتها، فتعيّنت الخارجة للكلام الأوّل، وإذا تعيّنت الخارجة للكلام الأوّل، ظهر أن الكلام الثاني خرج بين المنكوحتين، فصحّ مطلقا، وأنه كان دائرا بين الداخلة والثابتة، وبموت الثابتة زالت مزاحمتها، فتعيّنت الداخلة للكلام الثاني[4].

وإن ماتت الداخلة، خيّر الزوج في الكلام الأوّل، إن أوقعه على الخارجة، طلّقت الثابتة بالكلام الثاني لما قلنا، وإن أوقع الكلام الأوّل على الثابتة، بطل الكلام الثاني.

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "وإن وقع الأول على الخارجة يصح الثاني".

(٢) في الأصل: "الآخر".

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل: "وزيد من النسخ الأخرى".

(٤) سقطت عبارة طويلة من نسخة (ا) و (ب) من قوله: "لأن الكلام الأول كان دائرا".

وذكر في «الأمالي» هذه المسألة، وقال: لو قال: عنَيت بالإيجابين الثابتة، يقع عليها طلاقان؛ لأن كل واحد من الإيجابين صحيح مطلقا على رواية الأمالي، وعند البيان يقع الطلاق مقصورا، لامستندا، فيقع الطلاقان جملة[1]، كما لو أوقعهما بكلامٍ مبتدأ.

رجل تحته حرّة وأمَة قد دخل بهما، فقال: "إحداكما طالق ثنتين"، فأعتقت الأمة، ثم مرض الزوج[2]، وبيّن الطلاق في الأمة، حرمت حرمةً غليظة؛ لأن ثبوت الحرمة حكم يرجع إلى الزوج، أو يشترك فيه الزوجان، وقد ذكرنا أن البيان إظهار فيما يرجع إلى الزوج[3].

وإن مات الزوج في ذلك المرض، كان للمعتقة الميراث؛ لأن حِرمان الميراث حكم على المرأة خاصّة، فكان البيان فيه بمنزلة الإنشاء.

ولو أنشأ الطلاق في هذه الحالة، كان مردودا عليه، وكان لها الميراث؛ لأنها حرة، إلاّ أن للمعتقة ربع الميراث، وللحرّة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث[4]؛ لأنه لما ردّ عليه البيان، صار كأن لم يكن.

ولو لم يبيّن حتى مات، كان للحرة الأصلية ثلاثة أرباع الميراث[5]؛ لأن الطلاقين لو

(١) "جملة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "الزوج" ساقط من(ج) و (د).

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية»، فقد خرّج المسألة نقلا عن الزيادات، ٣/ ٣٣٤.

(٤) كذا في الأصل: وجاء في النسخ الأخرى: "وللحرة ثلاثة الأرباع".

(٥) وفي (ا) و (ب): "كان الميراث بينهما أرباع".

وقعا على الحرة، كان لها نصف الميراث؛ لأنها لاتحرم عن الميراث بالطلاقين[1].

ولو وقعا على الأمة، كان جميع الميراث للحرة؛ لأن الأمة تَبِين بطلاقين. فيكون للحرة جميع الميراث في حالة، والنصف في حالة. فالنصف ثابت بيقين، والنصف الآخر ثابت في حال دون حال، فكان لها ثلاثة الأرباع.

وأما الأمة: فلو وقع الطلاق عليها لاشيء لها، ولو وقعا على الحرة، كان لها النصف، فلها النصف في حال، ولاشيء لها في حال، فيتنصّف، فيكون لها الربع.

وعلى رواية «الأمالي»: إذا بيّن الطلاق[2] في الأمة، يكون لها نصف الميراث، ويكون الطلاق رجعيًا.

وذكر في «التجريد»[3]: أن هذا قول محمد وأبي يوسف الأوّل؛ لأن على رواية الأمالي الطلاق غير واقع أصلا، وعند البيان يقع مقصورا، فكان الجواب ما ذكرنا.

وعلى الحرّة عدّة الوفاة، لاحيض فيها؛ لأن الطلاق إن لم يقع عليها فظاهر، وإن وقع عليها، فهي[4] لاتَبِين بطلاقين، والمطلّقة الرجعيّة إذا مات زوجها في العدة، تغيّرت عِدّتها إلى عِدة الوفاة.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كتاب «التجريد»: تصنيف الإمام أحمد بن محمد أبو الحسين القدوري، صاحب "المختصر"، صنّف «التجريد» في أربعة أسفار، يشتمل على الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي، شرع في إملائه سنة خمس وأربعمائة. «الجواهر المضية» ١/ ٢٤٨، «الفوائد البهية» ص ٣٠.

(٤) "فهي" ساقط من النسخ الأخرى.

وأما المعتقة: فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، تستكمل فيها ثلاث حيض؛ لأن الطلاقين إن وقعا عليها، كانت مبتوتة، وكان عليها الاعتداد بالحيض، وإن لم يقع الطلاق[1] عليها، كان عليها عدة الوفاة، فتجمع بين العدّتين.

وفيه إشكال: وهو أنه لو وجب عليها الاعتداد بالحيض، كان عليها حيضتان؛ لأنها أمَة وقت الطلاق، فلماذا يجب عليها الاعتداد بثلاث؟

قلنا: إنما وجب عليها ثلاث حيض إلحاقاً للبيان بالإنشاء.

ولو أنشأ الطلاق[2] عليها في هذه الحالة، كان عليها الاعتداد بثلاث حيض، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنّ امرأة الفار[3] تعتدّ بأبعد الأجلين[4]. وعلى قول أبي يوسف رحمه الله: ليس عليها عدة الوفاة.

ولو كانتا أمَتين، فطلّق إحداهما ثنتين، ثم أعتقتا، ثم بيّن الزوج في المرض، فإنها

---

(١) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) الفار" هو الذي يطلق امرأته ثلاثا في مرض موته فرارا عن وراثتها ماله. «طلبة الطلبة» للنسفي، ص ١٢٥.

(٤) أي المطلقة طلاق الفارّ تعتدّ بأبعد الأجلين، فإذا ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارّا، ومات وهي في العدّة، فعدّتها أبعد الأجلين، أي الأبعد من أربعة أشهر وعشر، وثلاث حيض، فلو تربّصت حتى مضت ثلاث حيض، ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا، لم تنقض عدتها حتى تستكملها، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتدّ طهرها، لم تنقض عدتها حتى تمضي. انظر «فتح القدير» ٣/ ٢٧٧.

تحرم حرمة غليظة، والميراث بينهما نصفان؛ لما قلنا: إن البيان في حق الميراث لم يَصحّ، وقبل البيان كان الميراث بينهما نصفان[1]، وعلى المطلّقة عدة الوفاة، تستكمل فيها ثلاث حيض، وعلى الأخرى عدة الوفاة، لاحيض فيها.

ولو مات الزوج قبل البيان، فعلى كل واحدة منهما عدة الطلاق والوفاة جميعا[2]؛ لأن كل واحدة من العدّتين، تجب في حال دون حال، فيجمع بينهما.

ولو قال لعبدين له في صحته: "أحدكما حر"، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر مائة، ثم بيّن العتق في مرضه، في كثير القيمة، يعتبر ذلك من جميع المال، جعل البيان إظهارا في فصل العتق، وجعله إنشاءً في حق الميراث[3].

وفي الحقيقة لافرق، فإنا نجعل البيان في الفصلين عدما، ولو انعدم في العتق حتى مات، يعتق من كل واحد منهما نصفه، وإن كان ذلك أكثر من ثلث المال.

وفي فصل الطلاق لو جعلنا البيانَ عدَما، كان الميراث بينهما، وهذا لفقه: وهو أن بالعتق المبهم، زال أحد العبدين عن ملكه؛ لأن زوال أحد العبدين عن ملكه حكم يرجع إليه، وقد ذكرنا أن العتق المبهم واقع في حقّ الموقع، فخرج أحدهما من أن يكون محلاً لحق الورثة، فبعد ذلك وقَع الشك في أن حقهم تعلّق بكثير القيمة، أو بقليل القيمة، وحقهم لم يكن ثابتا، فلايثبت في الزيادة بالشك[4].

---

(١) "نصفان" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "جميعا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "جعل البيان إظهارا في العتق وإنشاء في الميراث".

(٤) كذا في الأصل "(ا) و (ب) وفي(ج) و (د): "فلا يثبت بالشك في الزيادة".

وأما حِرمان الميراث حكم يرجع إلى المحل، وقد ذكرنا أن الطلاق المبهم غير واقع في حق المحل، فبقيت كل واحدة منهما مستحقةً للميراث، فلاتحرم بالبيان.

رجل تحته أمَتان لرجل، فقال المولى: "إحداكما حرّة"، ثم قال الزوج: "التى أعتق المولى منكما طالق ثِنتين"، يرجع في البيان إلى المولى؛ لأن الزوج بنى إيجابَه على إيجاب المولي، ورتّبه عليه، فإنما يتبيّن محل الطلاق إذا تبيّن محل العتق، وبيان العتق إلى المولى.

فإذا بيّن المولى العتقَ في إحداهما، طلّقت ثنتين، ولاتَبين؛ لأنه أوقع الطلاق على مَن أوقع عليها العتق، والحرة لاتَبِين بتطليقتين، وعليها عِدّة الحرائر؛ لأن العدة وجبت عليها وهي حرة.

وإن مات المولى قبل البيان، يخيّر الزوج في الطلاق، يوقعه على أيّتهما شاء؛ لأنه بنى إيجابَه على إيجاب المولى، فيكون بمنزلة الخلف عنه، فإذا وقَع اليأس عن بيان المولى، وشاع العتق فيهما بموته، ولاوجه إلى إلغاء الطلاق، صيرٍ إلى الخلف.

هذا كمن توكّل عن رجلين في السَّلم، فأدّى المطلوب سلم أحدهما، كان القول قوله في البيان، فإن مات المطلوب، كان البيان إلى الوكيل؛ لأنه هو القابض، فيكون بمنزلة الخَلَف عن المطلوب.

بخلاف ما إذا غاب المولى، حيث لايؤمر الزوج بالبيان؛ لأن ثَمّة لم يقع اليأس عن بيانه.

فإذا بيّن الطلاق في إحدَاهما، بانَت؛ لأنها مُستَسعاة، فتكون أمة عند أبي حنيفة، فتَبِين بطلقتين، وتعتَدّ بحيضتين.

هذا الذي ذكرنا إذا بدأ المولى بالإيجاب، فإن كان الزوج هو الذي بدأ فقال: " إحداكما طالق ثنتين"، ثم قال المولى: "التى طلّقها الزوج منكما حرّة"، يرجع في البيان إلى الزوج؛ لأن المولى بنى إيجابه على إيجاب الطلاق، فإنما يتعيّن محل العتق إذا تعيّن محل الطلاق، وتعيين محل الطلاق إلى الزوج.

فإن بيّن الزوج في إحداهما حرمت حرمةً غليظة؛ لأن الطلاق صادفها وهي أمة، والعتق أضيف إلى المطلقة، وتَعتَدّ بثلاث حيض؛ لأن العدة وجبت عليها وهي حرة، فكان عليها عدة الحرائر[1].

وذكر في «الأمالي»: لو قال: "هذه حرة أو هذه"، ثم قال الزوج: "التي يقع عليها هذا العتق فهي طالق ثنتين"، فبيّن المولى العتق[2] في إحداهما، يقع عليها طلقتان، وتَبِين؛ لأن على رواية الأمالي العتق يقع مقصورا على البيان، فكان الطلاق مقارنا للعتق، والعتق صادفها وهي أمة، فكذلك الطلاق، وعليها ثلاث حيض؛ لأن العدة وجبت وهي حرة؛ لأنها تجب بعد الطلاق، فكانت العدة بعد العتق ضرورة.

رجل قال لأمَتين له[3]: "إحداكما حرة"، فجاء إنسان، وقطع أيديهما، كان على القاطع أرْش[4] الأمتين للمولى، وإن بيّن العتق في إحداهما بعد القطع.

---

(١) "فكان عليها عده الحرائر" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "العتق" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "لأمتيه".

(٤) الأرش: هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس، يعني دية الجَراحات، وزاد النسفي فقال: الأرش: دية الجراحة واندمل الجرح، أي صحّ. يرجع إلى: «التعريفات» ص ٣١، «طلبة

أما وجوب أرش الأمتين: فلأن الأرش بدل المحل، والعتق المبهم في المحل غير نازل لما ذكرنا. ويكون للمولى؛ لأنه بدل المملوك، وبدل المملوك للمالك.

فرّق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا قال لعبده: "أنت حر قبل موت فلان بشهر"، فقطعت يده في الشهر، ثم مات فلان لتمام الشهر، كان على القاطع أرش العبد، ويكون للعبد عند أبي حنيفة[1].

والفرق: أن ثَمّة المولى قصَد إسناد العتق إلى أول الشهر، وقصده ذلك يقتضي شيئين: إبطال حق نفسه عن الأرش إلى العبد، وإيجاب أرش الحرّ على الجاني، وهو يملك إبطال حق نفسه، ولا يملك إيجاب أرش الحر على الجاني، فلهذا كان عليه أرش المملوك للعبد.

أما هنا المولى بالبيان ما أسندَ العتق إلى وقت سابق، فإن موضوع المسألة ههنا فيما إذا قال: نويت وقت الإيجاب واحدة منهما، لا بعينها، إلا أني أوقع ذلك العتق على هذه، حتى لو قال: كنت عيّنت هذه وقت الإيجاب، كان الأرش لها. نصّ عليه في «كتاب العتاق».

رجل قال لأمتين تحته: "إحداكما طالق ثنتين"، ثم اشترى إحداهما بعينها، يقع الطلاق على الأخرى؛ لأن الطلاق كان دائرا بينهما، فإذا خرجت المشتراة من أن تكون محلا للطلاق، تعيّنت الأخرى للطلاق، كما لو ماتت إحداهما[2].

الطلبة» ص ٣٣٥، «الكليات» ص ٧٨.

(١) قوله: "عند أبي حنيفة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن الزيادات، ٣/ ٤٣٦.

ولو اشتراهما معا، بطل نكاحهما، ولايملك تعيين إحداهما للطلاق؛ بعد ذلك[1] لأن ولاية البيان إنما تستفاد بولاية الإنشاء لما ذكرنا، وبعد ما بطل نكاحهما، لايملك الإنشاء فلا يملك البيان؛ لأن البيان في حق المحل إيقاع مبتدأ[2].

فإن وطئ إحداهما، تعيّنت الأخرى للطلاق؛ لأن حمل وطئه على الحِلّ واجب ما أمكن، وذلك بصرف الوطء إلى غير المطلقة[3].

وهذا بيان حكميّ، فلايشترط لصحته ولاية الإنشاء، كمن طلّق امرأتيه، كل واحدة منهما واحدة، ثم قال لهما: "إحداكما طالق ثلاثا" وانقضت عدتهما، فبيّن الثلاث في إحداهما بعد ذلك[4]، لايصح. ولو تزوج واحدة منهما، صَحّ، وتعيّنت الأخرى للطلقات الثلاث، كذلك ههنا.

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "للطلاق بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في «التاتارخانية» ثم نقل فيه عن «الكافي»: وبطل نكاحهما، ولايملك الزوج البيان. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٦.

(٣) المصدر السابق.

(٤) "بعد ذلك" ساقط من (ا) و (ب).

باب الطلاق الذي يقع في الأوقات المتفرقة

بني الباب على أنّ من جمَع بين طلاقين، وذكر عَقيبَهما مالاً، يكون المال مقابلا بهما، منقسما عليهما، إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه أولى من الآخر، إلاّ إذا وصف الأوّل بوصف يُنافي وجوب البدل، فيكون البدل بمقابلة الثاني، ويكون وصفه بما ينافي البدل، بمنزلة التنصيص على أنّ البَدل بمقابلة الثاني لاغير.

فإن وَصَفهما بذلك، أو وصف الثاني به، كان بدلاً لهما؛ لأن الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع، فلابدّ من إلغاء أحدهما، وإلغاء الوصف المنافي للبدل أولى؛ لأنه ذكر البدل آخرا، والمتأخّر يكون ناسخا لما قبله[1].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لامرأته بعد الدخول: "أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدا أخرى بألف"، فقبلت، يقع في الحال واحدة بخمس مائة[2]؛ لأنه جمع بين تطليقة منجَزة، وتطليقة مضافَة إلى الغد، وذكر عقيبهما مالا فينقسم عليهما، كما لو قال: أنت

(١) قال العتابي عند تأصيله للباب: أصل البا .: إذا ذكر الطلاقين وذكر عقيبهما مالا، فالمال يكون مقابلا لهما، إلا إذا وصفت للأول بوصف ينافي وجوب المال فحينئذ يكون بمقابلة الثاني، ومن شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة بمقابلة المال، لأنها إنما تلزم المال لتملك نفسها بمقابلة المال. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ٢٤.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

طالق الساعة واحدة، وغدا أخرى بألف، أو قال: أنت طالق واحدة، وأنت طالق أخرى بألف.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن كلمة "على" وإن كانت للشرط[1]، لكن تعذّر حملها على الشرط هنا؛ لأن وقوع الطلاق في الغد لايصلح شرطا للطلاق المنجز، فتحمل على العطف، لما بينهما من المشابهة، فإن بين الشرط والجزاء اتصالا في الوجود، لايوجد الجزاء إلاّ بعد وجود[2] الشرط، فكذلك في العطف.

وإذا صار مجازا عن العطف كان البدل مقابلا بهما، إذ ليس أحدهما بصرف البدل إليه بأولى من الآخر، ولهذا لو كان مكان البدل استثناء ينصرف إليهما.

وإذا جاء غدٌ، يقع تطليقة أخرى بغير شيء، أما وقوع الطلاق لوجود الوقت المضاف إليه، وأما بغير شيء فلأنها صارت مبَانة بالأولى، ومن شرط وجوب البدل بالطلاق أن لاتكون مبانة قبل الطلاق؛ لأنها إذا كانت مبانة مالكة نفسَها قبل الطلاق[3]، لا تستفيد بهذا البدل شيئا، فلا يجب المال.

---

(١) "على": هو للإلزام باعتبار أصل الوضع، لأن معنى حقيقة الكلمة من عُلو الشيء على الشيء وارتفاعه فوقه، وذلك قضية الوجوب واللزوم، ثم تستعمل "على" للشرط باعتبار أن الجزاء يتعلق بالشرط، ويكون لازما عند وجوده، كما في قوله تعالى: "يُبايِعنَكَ على أن لا يُشرِكنَ بِالله شيئا" سورة الممتحنة، الآية: ١٢. راجع «أصول السرخسي» ١/ ٢٢١، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٥٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "إلا بو جودالشّرط".

(٣) "قبل الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

ولايقال بأنها تستفيد نقصان العدد؛ لأن نقصان العدد لايصلح غرضا للمرأة، فإن بعد البينونة وقوعها في حِبالته[1] يتعلّق باختيارها، فلايصلح ذلك غرضا، حتى لو تزوّجها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد، يقع تطليقة أخرى بخمس مائة؛[2] لأن شرط وجوب المال قد وجد، وهو ملك النفس في الغد بهذا الطلاق.

فرق بين هذه المسألة وبين ما إذا خالَعها ثم خالعها، فإن الثاني يبطل، ولايقع به الطلاق؛ لأن الخلع طلاق بائن[3]، والبائن لايلحق البائن. أما في مسألتنا نص على الطلاق، فإذا لم يجب المال بالثاني، بقي صريح الطلاق، والصريح يلحق البائن،

ثم استشهد محمد رحمه الله، في الكتاب[4] فقال: ألاترى أنه لو قال لامرأته بعد الدخول، في طهرٍ لاجماع فيه: "أنت طالق ثلاثا للسنة بألف درهم"، فقبِلت، تقع في الحال واحدة بثُلث الألف[5]، ثم إذا حاضت، وطهرت، تقع أخرى بغير شيء، وكذلك في الثالثة؛ لأنها بانت بالأولى، فلايجب المال في الثانية والثالثة[6]، وعدم وجوب المال

---

(١) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "حَبَائله"، وما ثبت أصحّ، وحَبَائل: جمع حِبالة، بالكسر، أي حِبالة الصائد والمصيدة، حبّل الصيدَ واحتبلَه: أخذه بها، أو نصبها له، احتَبَلْتُه: إذا صِدتُه بالحِبالة. «القاموس المحيط» ص١٢٦٨، «المصباح المنير» ص١١٩، مادة: حبل.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

(٣) انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤٤، و١٥١

(٤) "في الكتاب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٤٩.

(٦) قال في التاتارخانية: ولايلزمها المال بالطلاق الثاني والثالث إلا بواسطة سبق التزوج. انظر

لايمنع وقوع الطلاق؛ لأن الطلاق بمال، تعليق الطلاق بالقبول، وقد وجد.

كمن قال لامرأته الصغيرة: "أنت طالق بألف"، فقبلت، يقع الطلاق، ولايجب المال،[1] كذلك هنا.

فإن تزوجها عقيب الأولى والثانية، تقع الثانية والثالثة بثلثي الألف، كذلك هنا.

ولو قال لامرأته، وقد دخل بها: "أنتِ طالق الساعة واحدة، أملك الرجعة أو بغير شيء، على أنك طالق غدا أخرى بألف درهم"، فقبلت، يقع في الحال واحدة بغير شيء،[2] ثم إذا جاء غد، تقع أخرى بألف درهم[3]؛ لأنه وصف الأولى بوصف ينافي وجوب المال[4]، فيكون المال بمقابلة الثاني.

أما قوله: "بغير شيء" فظاهر، وكذا قوله: "أملك الرجعة" لأن الطلاق بمال لا يكون رجعيا[5].

وكذا لو قال: "أنت طالق اليوم تطليقة بائنة، على أنك طالق غدا أخرى بألف"،

«الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(١) قال الكاساني في تعليله: لاخلاف في أنه لايجب المال عليها، لأن الخلع في جانبها معاوضة المال بما ليس بمال، والصغيرة تتضرر بها، وتصرف الأضرار لايدخل تحت ولاية الولي، كالهبة والصدقة. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤٧.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(٣) "بألف درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وقد سبق في فاتحة الباب ما قرّره قاضي خان من الأصل: أن الجمع بين البدل وما ينافيه ممتنع.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

وقعت للحال تطليقة بغير شيئ؛ لأن التصريح بالبينونة دليل على أن شيئا من البدل لايكون بمقابلة الثاني[١]؛ لأن الطلاق بمال يكون بائنا لامحالة، فلايحتاج إلى هذا التصريح[٢].

وكلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولو جعلنا المال بدلا عنهما، لَغَا ذكر البينونة، ولايفيد، فيجعل المال بمقابلة الثاني، فيقع في الحال واحدة بغير شيئ. فإذا جاء غد، تقع أخرى بغير شيئ؛ لأنه فات شرط وجوب المال، وهو ملكها نفسها بالطلاق الثاني[٣].

فإن قيل: لما تعذّر إيجاب البدل بمقابلة الثانية، عرف أنه أراد به صَرف البدل إلى الأولى.

قيل له: إيجاب البدل بمقابلة الثانية ممكن، إذا وجد شرطه، وهو التزوّج قبل مجيئ الغد، حتى لو تزوجها قبل مجيئ الغد، ثم جاء غد، تقع أخرى بألف درهم.

استشهد محمد رحمه الله في الكتاب[٤] فقال: ألاترى أن رجلا لو قال لغيره: "أعطيك هذا العبد هبةً، أو صدقة، أو بغير شيئ، على أن أبيعك هذا العبد بألف"، كان كل الألف بمقابلة العبد [الثاني][٥]، ويكون الكلّ فاسدا لإدخال الصّفقة في الصفقة.

ولو قال: "أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الأمة بألف"، أو قال: "أعطيك

(١) وفي (ا) و (ب): "الأولى مكان الثاني".

(٢) وفي (ا) و (ب): "الوصف مكان التصريح".

(٣) وفي النسخ الأخرى: "بمقابلة الثاني".

(٤) "في الكتاب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "ما بين المعكوفتين" ساقط من الأصل.

هذا العبد على أن أعطيك هذه الأمة بألف" ، أو قال: "أبيعك هذا العبد على أن أزيدك هذه الجارية بألف" ، صَحّ، وكان العبد والأمة بألف، والمعنى ما ذكرنا.

هكذا ذكر هنا، وذكر في "المزارعة": لو قال: "أعطيك هذه النخيل معاملةً بالنصف، على أن أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعةً، تزرعها ببَذرك بالنصف" ، كان فاسدا.

من المشايخ من قال: في المسألتين[1] روايتان: فما ذكر هنا، يصير رواية بالجواز في مسألة[2] المزارعة، وما ذكر في المزارعة، يصير رواية بالفساد ههنا.

ومنهم من قال: إنما اختلف الجواب لاختلاف الوَضْع، وضْع المسألة هنا فيما إذا جمَع بينهما في البدل، فقال: أبيعك هذا العبد على أن أبيعك هذه الجارية بألف، فلم تَتِمّ الصفقة الأوّلى لعدم [ذكر][3] البدل، فلم يكن هذا إدخال الصفقة التامّة في الصفقة التامة، فإذا جمع بينهما في البدل، كان المراد من كلمة "على" حرف العطف، فيصير كأنه قال: أبيعك هذا العبد، وهذه الجارية بألف.

وموضوع المزارعة فيما إذا تمّ العقد الأوّل، فقال: "أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف" ، وهذه صفقة تامة، ثم قال: "على أن أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعة تزرعها ببذرك بالنصف" ، وهذه صفقة تامّة أخرى، فكان هذا إدخال الصفقة في الصفقة، وإنه حرام.

---

(١) وفي (ا) و (ب): "في المسألة" .

(٢) "مسألة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "ما بين المعكوفتين" زيادة من النسخ الأخرى.

نظير تلك المسألة لو قال: أبيعك هذا العبد بألف درهم، على أن أبيعك هذه الجارية بألف درهم، وإنه فاسد لما ذكرنا.

ولو قال: أعطيك هذه الأرض البيضاء مزارعةً، تزرعها ببذرى بالنصف، على أن أعطيك هذه النخيل معاملة بالنصف، كان جائزا؛ لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض يكون مستأجرا للعامل، والمعاملة استئجار العامل أيضا، فكان العقدان عقداً واحدا معنىً، فلم يكن هذا إدخال الصفقة في الصفقة من حيث المعنى، لإيجاد المعقود عليه.

أما في الفصل الأول البذر من قبَل العامل، فكان العامل مستأجرا للأرض، وفي المعاملة صاحب الشجر [1]يكون مستأجرا للعامل، فتحقّق إدخال الصفقة في الصفقة لاختلاف المعقود عليه.

ولو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعةَ، على أنك طالق غدا أخرى أملك الرجعةَ بألف، ينصرف الألف إليهما[2]؛ لأنه عمّهما بوصف ينافي وجوب المال، فلغا ذكر الوصف.

وكذا لو خَصّ الثانية بهذا الوصف، فقال: أنت طالق الساعة واحدة، على أنك طالق غدا أخرى، أملك الرجعة بألف، ينصرف الألف إليهما، ويلغو ذكر الرجعة؛ لأن ما يلحق الثاني لايكون رجعيا، فيلغو ذكر الرجعة[3].

---

(١) وفي (ا) و (ب): "صاحب الأرض بدل صاحب الشجر".

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٠.

(٣) المصدر السابق.

وكذا لو جمَع بين الطلاقين بحرف العطف، فقال: أنت طالق واحدة الساعة[1]، وغدا أخرى بألف، أو قال: أنت طالق اليوم واحدة، وأنت طالق غدا أخرى بألف[2]. فالجواب فيه ما ذكرنا في الفصل الأوّل أنه إن عمّهما بوصف ينافي وجوب المال، ينصرف المال إليهما، وكذا إذا خَصّ الثانية بذلك الوصف.

وإن خصّ الأولى بذلك الوصف، ينصرف المال إلى الثاني، وهذا والفصل الأوّل سَواء؛ لأن في الفصل الأوّل كلمة "على" أقيمت مقام حرف العطف.

ـ والله أعلم ـ

(١) "ما بين المعكوفتين" صاحب الأرض.

(٢) المصدر السابق.

باب الرجل يطلّق بعض نسائه ولايَنويها بعينها فتحرم عليه بعد ذلك[1] برضاع أو غيره

بني الباب على ما تقدّم أن إيقاع الطلاق كما يَصحّ في المعَيّن، يَصحّ في المنكر، والبيان فيه إنشاء في حق المحل، فيُشترط لصحته قيام المحل[2].

[قال محمد رحمه الله][3]: رجل تحته امرأتان رضيعَتان، فقال: "إحداكما طالق ثلاثا"، فجاءت امرأة، وأرضَعَتهما قبل البيان معاً[4]، أو على التعاقب، بانَتا[5]؛ لأنهما صارتا أختين، وهما تحت زوج، فيفسُد نكاحهما، لما ذكرنا أن الطلاق المبهَم فيما يرجع إلى المحل غير واقع؛ لأن كلّ واحدة منهما معيّنة، و "احداكما" لايتناول المعيّن.

فإن بيّن الطلاق بعد ذلك[6] [في إحداهما][7]، لايصحّ بيانه؛ لما ذكرنا أن البيان

(١) "بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) أصّل العتّابي لهذا الباب بقوله: أصل الباب: أن الزوج إنما يملك البيان للطلاق المبهم إذا ملك للإنشاء، لما ذكرنا أن البيان إنشاء من وجه، إلا إذا كان بيانا ضرورة، فلا يشترط فيه ولاية الإنشاء. «شرح الزيادات» للعتّابي، ق ٢٤.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "قبل البيان معاً" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٦) "بعد ذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

لايصح بعد فوات المحل. لم يجعل الطلاق المبهم واقعا في حق المحل هنا.

وذكر في «كتاب النكاح»: رجل له أربع نسوة لم يدخل بواحدة منهن، فقال: "إحداكن طالق"، فتزوّج خامسةً من ساعته، جاز، وجعل الطلاق المبهم[١] واقعا[٢].

والفرق ما ذكرنا أن الطلاق المبهم واقع في حق الزوج، غير واقع فيما يرجع إلى المحل، ففي مسألتنا فساد نكاحهما بسبب الجمع بين الأختين، وعدم فساد نكاحهما بسبب وقوع الطلاق، كيلايصير جامعا بين الأختين، حكم يرجع إليهما، فلايظهر وقوع[٣] الطلاق في حق هذا الحكم.

أما في مسألة النكاح حلّ نكاح الخامسة، أمر يرجع إلى الزوج وإلى الخامسة، لاإلى الأربع، فاعتبرنا الطلاق تأوّلاً في حق هذا الحكم.

فإن كان تحته ثلاث رضيعات، فقال: إحداكن طالق، ثم جاءت امرأة[٤] وأرضعتهن على التعاقب أو ثنتين ثم الثالثة، بنَّ جميعا، الأوليان بالأختية، والثالثة بالطلاق[٥]؛ لأنها لما أرضعت الأولى ثم الثانية، ثبتت الأختية بينهما، ففسد نكاحهما، لا

---

(٧) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(١) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكره في التاتارخانية نقلا عن «كتاب الأصل»، فلو لم يكن الطلاق المبهم واقعا في المحل، كان هذا تزوجا بالخامسة، وهو حرام. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٣) "وقوع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) قوله: "جاءت امرأة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي»، ٣/ ٤٣٣،.

إلى عدّة، فتعيّنت الثالثة للطلاق، لأن الأولى والثانية خرجتا من أي يكون محلا للطلاق، فصار كما لو ماتتا[١]، فتعيّنت الثالثة للطلاق[٢]، وكذا لو أرضعت ثنتين ثم الثالثة لما ذكرنا.

وإن أرضعت الواحدة أوّلاً، ثم أرضعت الأخريين معا، أو أرضعت الكلّ معا، بأن أرضعتهنّ من وعاء فيه لبنها[٣]، حرُمْنَ جميعا؛ لأن الأختية بين الكل ثبَتت دفعةً واحدة، فصار جامعا بينهن، ففسَد نكاحهن، ولايملك تعيين الطلاق[٤] لما ذكرنا[٥].

وقال قاسم بن مَعْن[٦] رحمه الله: يملك، وهو باطل.

---

(١) كذا في الأصل، وجاءت العبارة في النسخ الأخرى كالتالي: "فتعينت الثالثة للطلاق بخروج الأولين عن محلية الطلاق، كما لو ماتتا".

(٢) قوله: "فتعيّنت الثالثة للطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "فيه لبنها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "ولايملك البيان".

(٥) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٦) هو القاسم بن مَعْن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، أبو عبد الله الهُذلي، الكوفي، ولي القضاء بالكوفة، من أجلّة أصحاب أبي حنيفة، وأحدُ من قال له أبوحنيفة: أنتم مَسارّ قلبي وجلاء حزني، روى عنه محمد بن الحسن، وقال الصيمري: هو مع تقدّمه في الفقه وتبحّره فيه إمام في العربية مقدّم، وقال ابن أبي حاتم: ثقة، صَدوق، وكان أروى الناس للحديث والشعر، وأعلمهم بالعربية والفقه، حكى عنه الفرّاء، وروى له أصحاب السنن، مات سنة ١٧٥هـ.

ترجمته في: طبقات ابن سعد ٦/ ٢٦٧، طبقات النحويين واللغويين للزبيدي ص ١٣٣، تذكرة

فإن تزوج واحدةً منهن، جاز نكاحها، ويصرف الطلاق إلى غيرها،[1] حملاً لتصرّف المسلم على الصحة بقدر الإمكان.

فإن طلّق هذه ثلاثا. وأراد أن يتزوج الأخرى، له ذلك، لما قلنا في الأولى.

فإن طلّق هذه، وأراد أن يتزوج الثالثة، ليس له ذلك؛ لأن الحكم بجواز نكاح الأولى والثانية، حكم بوقوع الطلاق على الثالثة، فلايحلّ له نكاحها قبل إصابة الزوج الثاني، وهذا بيان حكميّ، فلايشترط لصحته ولاية الإنشاء.

فإن قال لامرأتين له قبل الدخول: "إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة"، ثم تزوّج واحدة منهما، جاز نكاحها، وتعيّنت الأخرى للطلقات الثلاث.

فإن تزوّج من الرضيعات ثِنتين معاً في عُقدة واحدة، لم يَصحّ نكاح واحدة منهما؛ لأنه لا وجه إلى تصحيحِ نكاحهما، ولا وجه[2] لصحة نكاح إحداهما عَينا؛ لعدم الأولَويّة، ولا وجه لصحة نكاح إحداهما غير عين؛ لأن نكاح المجهولة لاينعقد.

بمنزلة من قال لغيره: "زوّجني امرأة" فزوّجه امرأتين في عُقدة، لايلزمه واحدة منهما، إلاّ أن يشاء الآمر؛ لأن المأمور يكون بمنزلة الفضوليّ.

وعن أبي يوسف [أنه][3] يلزمه واحدة منهما، وإليه التعيين، وكذلك في مسألة

الحفاظ ١/ ٢٣٩، العبر ١/ ٢٦٨، طبقات الحفاظ للسيوطي ص١٠١، كتائب أعلام الأخيار برقم ٩٥، الطبقات السنية برقم ١٧٢٥، الفوائد البهية ص ١٥٤، الجواهر المضية برقم ١١١٨.

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٣.

(٢) "وجه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

الكتاب، يَصحّ نكاح واحدة منهما، وإليه البيان[١]. قال: لأن هذا خيار تعيين المنكوحة عن غير المنكوحة، فجاز أن يثبّت، كما لو طلّق إحدى امرأتيه ثلاثا، كان له أن يعيّن المنكوحة من غيرها[٢].

وإنا نقول: ثَمّة الطلاق لم يقع في المعيّن، بل هو في حق المعين معلّق بالبيان، والطلاق يحتمل التعليق، أما النكاح لايحتمل التعليق، فلو صحّ في المجهولة، كان تعليقا للنكاح في المعينة بشرط البيان، وإنه لايصح.

حربيّ له أربع نسوة، فسُبِي وسُبِين معه، بطل نكاح الكل في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف[٣].

وقال محمد والشافعي: يختار أيّ الثنتين شاء، سواء تزوجهنّ معا أو في عقود متفرقة[٤]. وأصله ما ذكرنا في كتاب النكاح.

حربيّ تحته ثمان نسوة، فأسلم وأسلمن معهَ، على قول محمد[٥] والشافعي[٦]

---

(١) قولهك "يَصحّ نكاح واحدة منهما، وإليه البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "من غيرها" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) بسَط الإمام محمد رحمه الله هذه المسائل في «السير الكبير» والسرخسي في شرحه، توجيها واستدلالا، فليراجع. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ١٨٢٩، وانظر «المبسوط» ٥/ ٥٣.

(٤) راجع «المهذّب» للشيرازي ٢/ ٥٤.

(٥) راجع: «المبسوط» ٥/ ٥٣، «بدائع الصنائع» ٢/ ٣١٤، «رؤوس المسائل» (المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية) للزمخشري، ص ٣٨٥.

(٦) انظر: «الأم» للإمام الشافعي، ٥/ ٤٩، و «المهذّب» للشيرازي ٢/ ٥٢، و «مغني المحتاج»

رحمهما الله يختار أيّ أربع منهن [شاء][1]، سواء تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة[2].

إلاّ أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله فرّقا بين السبى وبين[3] الإسلام، فقالا في فصل الإسلام: إن تزوجهن في عقدة واحدة، بطل نكاح الكل، وإن تزوجهن في عقود متفرقة، جاز نكاح الأربع الأوّل، وبطل نكاح الباقي[4].

للخطيب الشربيني، على «منهاج الطالبين» للنووي، ٣/ ١٩٦.

هو رأي الحنابلة والمالكية، انظر «المغني» ٦/ ١٢٨، ٦٢٠، «الكافي لابن عبدالبر» ٢/ ٥٥٠.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) يلاحظ أن "الذمّي" يختلف من "الحربي" في هذه المسائل، لأن الذمي ملتزم بأحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، وحرمة الجمع من حكم الإسلام، فلم يقع أصل النكاح صحيحا إذا كان المباشر ملتزما لحكم الإسلام، أما أهل الحرب فهم غير ملتزمين حكمَ الإسلام، فيرى الإمام محمد رحمه الله في هذه المسألة أن أصل النكاح منهن صحيح، باعتبار قصور الخطاب بتحريم الجمع عنهم، فإذا اعترضت الحرمة في البعض بعد صحة النكاح وجب التخيير لا التفريق، بمنزلة المسلم يُطلق إحدى نسائه الأربع ثلاثا بغير عينها. انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٠.

(٣) "بين" ساقط من (ا) و (ب)، وثبوته أولى.

(٤) يرى الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أن وجوب الاعتراض بعد الإسلام بسبب الجمع، فالجمع حصل لهن جميعا، والاستدامة على ما يستدام كالإنشاء، فيجعل في الحكم كأن العقد إنما وجد منه بعد الإسلام، فإن كان تزوجهن في عقد واحد بطل نكاحهن جميعا، وإن كان تزوجهن في عقود متفرقة، جاز نكاح الأربع الأول، وبطل نكاح الباقي، وكذلك الحكم في الزيادة على الأربع. «شرح السير الكبير» للسرخسي، ٥/ ١٨٢١.

وفي مسألة السبي، قالا[١]: يبطل نكاح الكل، سواء تزوّجهن في عقدة واحدة، أو في عقود[٢] متفرقة.

والفرق أن في مسألة[٣] الإسلام، إذا تزوجهن في عقود متفرقة، فنكاح الأربع الأوّل، وقَع جائزا بحكم الإسلام والكفر.

ونكاح ما زاد على الأربع وقع فاسدا بحكم الإسلام، فإذا وجب الاعتراض بسبب الإسلام، كان إفساد ما وقع فاسدا بحكم الإسلام أولى.

وأما في مسألة السبي[٤]: نكاح الأربع كان جائزا بحكم الإسلام والكفر؛ لأنه حرّ، والحر يملك نكاح الأربع في الأديان أجمَع.

فإذا سبى، وصار رقيقا، وجب إفساد نكاح المرأتين؛ لأن العبد لايملك أكثر من ذلك، وليس نكاح[٥] البعض بالإفساد أولى من البعض، ففسد الكل.

ولو سبى مع امرأتين، وأخْرِجوا إلى دار الإسلام، لم يفسد نكاح المأسورتين؛ لأن نكاح اللّتين بقيَتا في دار الحرب، فسَد بتباين الدارين[٦]؛ لأن الملك إنما يتمّ بالقسمة، فإنّ قبل القسمة للإمام أن يمُنّ عليهم، وبالإحراز بدار الإسلام حصل تباين الدارين، فحين

---

(١) "قالا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في (ا)، وكان في الأصل: "عقد متفرقة"، وما ثبت هو الصواب.

(٣) "مسألة" ساقط من (ا).

(٤) أي مسألة الحربي إذا سُبي وسُبِين معه نسوته الأربعة.

(٥) لفظ: "النكاح" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٣٥.

ملَكَ، لم يكن في نكاحه إلاّ امرأتان.

ولو كان[1] طلق في دار الحرب ثنتين بغير أعيانهما، ثم سبى، وسبى الأربع معه، بنّ جميعا؛ لأن عدم فساد نكاح البعض بسبب وقوع الطلاق المبهم، حكم يرجع إليهن على وجه التعيين، وقد ذكرنا أنّ الطلاق المبهم غير نازل فيما يرجع إلى المحل على وجه التعيين، وصار هذه المسألة، ومسالة الرضيعتين سواء[2].

ولو أن حربيا تزوج امرأة، وابنتها في دار الحرب، ولم يدخل بواحدة منهما[3]، ثم أسلموا، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: إن تزوجهما في عقدة واحدة، بطل نكاحهما؛ لأن الجمع قام بهما، وإن كان تزوجهما على التعاقب، جاز نكاح الأولى، أمّا كانت أو بنتا[4]، وبطل نكاح الثانية؛ لأن الجمع قام بالثانية.

وعلى قول محمد: بطل نكاح الأمّ دون البنت، كيف ما تزوج؛ لأن الجمع في دار الحرب ما كان علّة الفساد، فإذا وجب القول بالإفساد، كان إفساد نكاح الأم أولى؛ لأن مجرّد نكاح الأم، لايوجب حرمةَ نكاح البنت، ومجرد نكاح البنت يُحرم نكاح الأمّ، وتمام المسألة في «السير»[5].

ـ والله أعلم ـ

---

(١) "كان" ساقط من (ج)، (د).

(٢) «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٣٠.

(٣) فإن كان دخل بهما فنكاحهما باطل على كل حال بالاتفاق، لأن الدخول بكل واحدة منهما يحرّم الأخرى، بسبب المصاهرة على التأبيد. راجع «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٧.

(٤) "أما كانت أوبنتا" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) انظر «شرح السير الكبير» ٥/ ١٨٢٧، ١٨٢٨، وفصّل السرخسي فيه رأي محمد بقوله: و على

باب الخلع بالمال، والعتق، والبيع، والنكاح والإجارة يجب بمحضر من صاحبه، ويبطل إذا كانا متفرقين

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أنّ الخُلع[1] بمنزلة اليمين في جانب الزوج؛[2] لأن المطلوب في الخلع، من جانبه الطلاق[3]، والطلاق ليس بمال، ويصحّ تعليقه بالشرط، وينفرد به الزوج، فإذا علّق بقبول المرأة، كان لازما في حقه بمنزلة اليمين، حتى لايبطل بقيامه عن المجلس،

قول محمد رحمه الله، نكاح الابنة صحيح في الوجهين، ونكاح الأم فاسد، لأن الحرمة بسبب الجمع لاتثبت في حقهم عنده قبل الإسلام، كما في حق الأختين، فكان نكاح البنت صحيحا تقدم أو تأخر، وبمجرد العقد الصحيح على الابنة تحرم الأم، وبمجرد العقد على الأم لا تحرم الابنة، فلهذا صح نكاح البنت في الوجهين، وبطل نكاح الأم، لأن حرمة المصاهرة نظير حرمة الرضاع والنسب وذلك يثبت في دار الحرب عند تقرر سببه كما يثبت في دار الإسلام فهذا مثله.

(١) الخُلع لغة: النزع والإزالة، يقال: خالعت المرأةُ زوجه: إذا افتدت منه، وطلقها على الفدية، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه، وفي العرف: إزالة الزوجية، أما في اصطلاح الفقهاء: فهو إزالة ملك النكاح، المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه. انظر «المصباح المنير» ١٧٨ «رد المحتار» ٢/ ٥٥٧، و«فتح القدير» ٣/ ١٩٩.

(٢) وقد علل الحصكفي فقال: لأنه تعليق الطلاق بقبول المال. انظر «ردالمحتار» ٢/ ٥٥٨.

(٣) في (ا) و (ب): "لأن المطلوب منه الطلاق".

ولايملك الرجوع عنه[1].

ومن جانب المرأة معاوَضة[2]؛ لأن المطلوب في الخلع من جانبها[3] المال، والمال لايقبل التعليق بالشرط، ولاتنفرد به المرأة، فيبطل بقيامها عن المجلس، ويصحّ رجوعها قبل قبول الزوج.

والعتق على مال من جانب المولي، بمنزلة الخلع من جانب الزوج، وبمنزلة الخلع من جانبها في حق العبد[4].

وأصل آخر: أن الواحد يَصلح عاقدا من الطرفين [في الخلع][5]، إذا كان البدل مقَدّرًا، سواء كان العاقد أحد الزوجين أو الأجنبي.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته: "خلَعتُك بألف درهم"،

---

(١) "عنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) و ذكر ابن الهمام أن القول بأن الخلع يمين من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب المرأة قول الإمام أبي حنيفة، أما عند صاحبيه فهو يمين من الجانبين. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٩٩، و «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

(٣) "في الخلع من جانبها" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) إن العتق بمال معاوضة من جانب العبد، كالخلع في جانب المرأة، فتعتبر من جانبه أحكام المعاوضات، بخلاف جانب المولى، فإنه بمنزلة الزوج، فتنعكس فيه تلك الأحكام. انظر «ردّالمحتار» ٢/ ٥٥٩.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من "الأصل وزيادة من النسخ الأخرى.

أو "بعتك طلاقَك بألف درهم"[(١)]، أو "طلَّقتك على ألف درهم"، فقام الزوج عن مجلسه والمرأة جالسة، أو قال الزوج[(٢)]: رجعتُ عن ذلك، فقبِلت المرأة، صَحّ قبولها، لِما قلنا: إن الخلع يمين من جانبه، فلايصح رجوعه، ولا يبطل بقيامه عن المجلس.

وكذلك لو قال الزوج[(٣)] ذلك والمرأة غائبة، فبلَغها بعد أيام، فقبِلت في مجلس عِلمها، صَحّ قبولها، كما لو علّق طلاقَها بشرط آخر عند غيبتها.

وكذا لو قال: إذا جاء غد فقد طلّقتها بألف درهم، فقبلَتْ غدا[(٤)]، يَصحّ قبولها، لما ذكرنا[(٥)] أن كلام الزوج[(٦)] يمين، فصحّ مضافا ومرسلا[(٧)]، ولايصح قبولها قبل الغد؛ لأن

---

(١) لا يشترط لصحة الخلع أن يكون بلفظ "الخلع"، فيجوز به وبأي لفظ يؤدي معناه، فذكر في «الفتاوى الهندية» أنه قد يصح الخلع بلفظ البيع والشراء، ونقل ابن عابدين عن الجوهرة أن ألفاظ الخلع خمسة: خالعتك، باينتك، بارأتك، فارقتك، طلقي نفسك على ألف، ثم قال: ويزاد عليه ما ذكره المصنف (الحصكفي) من لفظ البيع والشراء. انظر «الفتاوى الهندية» ١/ ٤٨٨، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٥٩.

(٢) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "غدا" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "لماذكرنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) قال في التاتارخانية: يصحّ التعليق بالشروط، والإضافة إلى الأوقات، نحو أن يقول: "إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم"، أو: "إذا قدم فلان فقد خالعتك"، كان القبول إليها بعد مجيء الوقت، وقدوم فلان. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٥، وانظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

الإيجاب معلّق بالشرط، والمعلق بالشرط عدمٌ قبل الشرط[١]، فلايصح القبول قبل الإيجاب.

وكذا لو قال: "إذا جاء غد فطلّقي نفسك بألف درهم"، ثم أراد أن يرجع عنه فلايصح رجوعه[٢]؛ لأن هذا تفويض، وتمليك من المرأة، وليس بتوكيل؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره، وهي عاملة لنفسها، والتمليك لايقبل الرجوع[٣]، ويتوقف بمجلس عِلمها في الغد، كالتمليك المرسل.

هذا إذا بدأ الزوج، فإن بدأت المرأة فقالت: طلّقت نفسي بألف درهم، أو اشتريت طلاقي منك بألف درهم، أو خلعت نفسي بألف درهم[٤]، ثم قامت أو رجعت[٥]، فقبِل الزوج، لايصح قبوله، ولايقع شيء، لما ذكرنا أنّ هذا التصرف معاوضة من جانبها، فيبطل بقيامها قبل القبول، ويصح رجوعها كالبيع.

---

(١) كذا في الأصل: وفي بقية النسخ: "فكان عدما قبله".

(٢) "رجوعه" ساقط من النسخ.

(٣) ذكره العتّابي في ضابط عند تأصيله للباب فقال: إن ما كان تفويضا وتمليكا، لايقبل الرجوع، ويقتصر على المجلس، وما ليس كذلك، يصح الرجوع، ولايقتصر على المجلس. «شرح الزيادات» للعتّابي ورق ٢٥.

(٤) "درهم" ساقط من (ج) و (د).

(٥) قال قاضي خان في فتاواه، في باب الخلع: "ويراعى أحكام المعاوضات في جانب المرأة والعبد"، فإذا أخذت المرأة في عمل آخر يدلّ على الإعراض، بطل الإيجاب. «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٥٥.

هذا إذا قالت عند حَضرة الزوج. فإن قالت ذلك وهو غائب، [فبلَغه][1]، فقبل، لم يَصحّ قبوله؛ لأن كلامها معاوضة، فيقتضي جوابا في المجلس، ولم يوجد[2].

إلاّ إذا أرسَلت بذلك رسولا إلى زوجه. فقالت: "خلعت نفسي من زوجي بألف درهم، فاذهَب يا فلان! وأخبره بذلك"، فإذا أتاه الرسول، وقال الزوج: "قبلتُ"، صَحّ؛ لأن لسان الرسول كَلِسان المرسِل.

ألاترى أن النبي عليه السلام كان مأمورا بالتبليغ، وقد بلّغ البعضَ باللسان، والبعضَ بالرسل.

فإن رجعت قبل أن يخبر الرسول، والزوج والرسول لايعلمان برجوعها، ثم بلّغ الرسول، فقبل الزوج، لم يَصحّ الخلع، ولايقع الطلاق؛ لأن صحة القبول تَعتمد قيام الإيجاب، وإيجاب المرأة[3] قد بطل بالرجوع، وصحة الرجوع عن الإيجاب لاتتوقّف على علم الزوج والرسول[4].

بخلاف عزل الوكيل؛ لأن الرسالة حق المرسِل، لاحق للرسول في ذلك، أما التّوكيل إثبات الإطلاق للوكيل، والعزل إبطال ما ثبت له، فيتوقّف على العلم.

وكذا الرسالة في سائر العقود من البيع والإجارة والنكاح وغيرها، إلاّ أنّ في

(١) ما بين "" زيادة من "" النسخ الأخرى.

(٢) قال الإمام السرخسي: وكذلك إن كان الزوج غائبا حين قالت هذه المقالة، لاتتوقف على قبوله إذا بلغه، كما لايتوقف إيجاب البيع على قبول المشتري إذا كان غائبا. «المبسوط» ٦/ ١٧٣.

(٣) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٢٨.

النكاح، يشترط الشهود وقت تبليغ الرسالة[١] لاوقت الإرسال؛ لأن المرسِل يعتبر[٢] متكلما بلسان الرسول وقت التبليغ.

وكذا لو كان رسولا من قبل الزوج، إلاّ أنّ فيما يحلف به، لايصح رجوعه قبل تبليغ الرسالة، وفيما سوى ذلك يَصحّ.

وذكر في «السِّيَر الكبير»[٣]: رجل قال لغيره: "قد بعتُ عبدي هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهَبْ يا فلان! فأخبره بذلك"، فلم يذهب الرسول، وذهب غيرُه، وأخبَرَه، فقبل الغائب[٤] البيعَ جاز؛ لأن المحمول على لسان الرسول قائم إلى وقت التبليغ، ضرورة الحاجة إلى التبليغ، فاتّصَل القبول بالإيجاب.

وذكر فيه أيضا: أمير العسكر إذا باع الغنائمَ في دار الحرب، ثم أمَر مناديا ينادي: مَن اشترى شيئا فقد أقَلتُه، ففعل، وقَبلوا إقالتَه[٥] صحت الإقالة[٦]؛ لأن المنادي رسَول للأمير، فيصح، كما لو جرَت الإقالة بينهم وبين الأمير.

---

(١) "الرسالة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ا) و (ب): "يكون بدل يعتبر".

(٣) لم أجد بعد البحث هذه المسألة في «شرح السير الكبير» للسرخسي.

(٤) "الغائب" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الإقالة": في للغة: رفع وإسقاط، وأقلته البيعَ إقالةً، فسخَه، وفي الشرعُ: عبارة عن رفع العقد وإزالته. «أنيس الفقهاء» ص ٢١٢.

(٦) "صحت الإقالة" ساقط من النسخ.

ولو قالت المرأة[1] لزوجها: "إذا جاء غد، فطلِّقني بألف درهم"[2]، كان له أن يطلِّقها بألف، إذا جاء غد في ذلك المجلس وغيره؛ لأن كلام المرأة توكيل معلّق بالشرط، فلايكون وكيلا قبل الشرط، وبعد ما صار وكيلا لايتوقّت؛ لأن الوكالة لاتقتصر على المجلس، بخلاف التفويض على ما عُرِف.

فإن رجعت قبل الغد أو بعده، وعلم الزوج بذلك، صَحّ رجوعها، حتى لو طلّقها يقع بغير مال؛ لأنه رجوع عن الوكالة، بخلاف رجوع الزوج؛ لأنه رجوع عن اليمين أو عن التفويض[3].

والعتق على مال بمنزلة الخلع في جميع ما ذكرنا، يعتبر يمينا في جانب المولى، معاوضة في جانب العبد، والكتابة معاوضة من الطرفين، بمنزلة البيع والنكاح وغيره[4].

رجل قال لعبده: "أنت حر بعد موتي على ألف درهم"، فالقبول بعد الموت؛ لأنه أضاف الإيجاب إلى ما بعد الموت، فيعتبر القبول بعد نزول الإيجاب. وإذا قَبِل، قالوا: لايعتق إلاّ بإعتاق الورثة.

---

(١) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "عن اليمين والتفويض".

(٤) قد أجاد العتابي في تنقيح هذا فقال: كل حكم ذكرناه في الخلع، ففي الإعتاق على مال كذلك، والمولى هنا كالزوج ثَمّة، والعبد كالمرأة، فيراعى في جانب المولى أحكام التعليق، وفي جانب العبد أحكام المعاوضة، وكل حكم ذكرناه في جانب المرأة في الخلع، ففي البيع والنكاح والكتابة من الجانبين كذلك، لأن هذه العقود معاوضة من الجانبين. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٢٥.

ولو قال: "أنت حر على ألف بعد موتي"، يعتبر القبول في الحال؛ لأنه لو اقتصر على قوله: "أنت حر على ألف"، يكون إيجابا [في الحال][1]، ويعتبر القبول في الحال، فإذا قال: "بعد موتي"، تأخّر العتق إلى ما بعد الموت، فبقي القبول كما كان، وإذا قبل يصير مدبّرا، ولايلزمه المال؛ لأن المولى لايستوجب على عبده دَيْنا.

وعن أبي يوسف: أن في الفصل الأوّل يعتبر القبول أيضا في الحال؛ لأنه وصية، وفي الإيصاء[2] لو قَبِل قبل الموت يَصحّ، فكذلك في الوصية.

وجه الفرق في ظاهر الرواية ما قلنا: إن القبول إنما يَصحّ بعد نزول الإيجاب، وفي الإيصاء إنما يَصحّ القبول قبل الموت لحاجة الميت، حتى لو رَدّ يمكنه الإيصاء إلى غيره.

ولو قال لامرأته: أنتِ طالق غدا إن شئت، كانت المشيئة إليها في الغد، ولو قال لها: إن شئت فأنتِ طالق غدا، كانت المشيئة إليها في الحال، لما قلنا في فصل العتق، وهذا قول محمد، وهو قول أبي حنيفة في الظاهر[3].

---

(١) "ما بين" ساقط من النسخ.

(٢) "الإيصاء": لغة: طلب شيء من غيره ليفعله في غَيبته حال حياته وبعد وفاته، يستعمل تارة باللام، يقال: "أوصى فلان لفلان بكذا"، بمعنى ملكه له بعد موته، ويستعمل أخرى بإلى، يقال: "فلان أوصى إلى فلان" بمعنى جعله وصيّا يتصرف في ماله، وفي الصحاح: أوصيتُ له بشيء، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيّك، والإسم: الوِصاية والوَصاية. وشرعا: قال صاحب «الاختيار»: هو طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي، أو بعد موته، فيما يرجع إلى مصالحه، كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك.
انظر: «المصباح المنير» ص٦٦٢، «الاختيار لتعليل المختار» ٥/ ٦٢، «أنيس الفقهاء» ص ٢٩٧.

(٣) لأن قوله: "إن شئت" شرط، و قوله: "فأنت طالق غدا" جزاء، فقد علق بالشرط طلاقا مضافا

وعند أبي يوسف في الظاهر تعتبر المشيئة في الغد في الفصلين[1].

وفي «الأمالي» الخلاف على عكس هذا:

عند أبي يوسف: إن قدّم المشيئة تعتبر في الحال، وإن أخّر[2] تعتبر المشيئة في الغد.

وعند أبي حنيفة: تعتبر المشيئة في الغد في الفصلين، وكذا في فصل التدبير يعتبر القبول بعد الموت.

وقال زفر رحمه الله: تعتبر[3] المشيئة إليه في الحال في الفصلين، قال: لا فرق في الأيمان بين تقديم الشرط وتأخيره. ولو قدّم المشيئة تعتبر في الحال، فكذا إذا أخّر[4].

وجه ر... ... ي يوسف في «الأمالي»: أنه فوّض إليها المشيئة في الطلاق في

إلى الغد، ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا يعتبر وجود المشيئة في الحال، حتى إذا قامت بطلت مشيئتها، فكذلك إذا علق بها طلاقا مضافا، وفي الفصل الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد، ثم جعل ذلك الطلاق معلقا بمشيئتها، فيراعي وجود المشيئة في ذلك الوقت. راجع: «المبسوط» ٦/ ٢٠٥، و «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٤.

(١) «المبسوط» ٦/ ٢٠٥.

(٢) زاد في (ا) و (ب): "أخر المشيئة".

(٣) "تعتبر" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وجه قول زفر أن قوله: "إن شئت" شرط، والشرط وإن تأخر ذكره كان متقدما معني، لأنه مالم يوجد الشرط لا ينزل الجزاء، فكانه بدأ بذكر المشيئة. «المبسوط» ٦/ ٢٠٦، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٥.

الفصلين[1]، وقد توقّف الطلاق على مجيئ الغد في الفصلين، فكذا المشيئة.

وذكر في «الأمالي» أيضا: لو قال لامرأته: "أنت طالق على ألف إن تزوجتك"، عند أبي حنيفة يُعتبر القبول بعد التزوّج، وعند أبي يوسف يشترط القبول للحال، حتى لو قبلت ثم تزوجها، يقع الطلاق، ويلزمها المال.

وكذا لو قال لامرأته: "أنت طالق إن شئت إذا شئت"، أو قال: "أنت طالق إذا شئت إن شئت"، هما سواء، ولها الخيار إذا شاءت[2].

وعند أبي يوسف لو قال: "إن شئت فأنت طالق إذا شئت"، تعتبر المشيئة في الحال، فإن شاءت كان لها أن تطلّق نفسها بعد ذلك إذا شاءت، وإن قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا، بطَل، ولو قال: "إذا شئت فأنت طالق إن شئت"، لاتعتبر المشيئة في الحال.

وروى هشام[3] عن محمد: لو قال لامرأته: "أنت طالق غدا على ألف إن شئت"، فقالت: "شئتُ"، لايقع حتى يقول الزوج: "قبلت"؛ لأن الزوج أضاف الإيجابَ إلى الغد، فقبول المرأة في الحال ابتداء كلام، فيتوقف على قبول الزوج[4].

- والله أعلم -

---

(١) وفي (ا) و (ب): "في الوجهين".

(٢) انظر «المبسوط» ٦/ ٢٠٦.

(٣) هو هشام بن عُبيد الله الرازي، تقدم ترجمته في ص ٢٧٦.

(٤) ذكر في التاتارخانية رواية هشام عن محمد. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٥.

باب المهور التي تجب للنساء والميراث

بنى الباب على ما عُرف أن إيقاع الطلاق يَصحّ في المجهول، كما يَصحّ في المعلوم، ويرجع في البيان إلى المُجمِل[1]، فإذا فات البيان بموته، يجب التنزيل على اعتبار الأحوال على ما يذكر.

وفي الباب فصول ثلاثة: إمّا أن تزوّج ثلاثا أو أربعا، وكل فصلٍ على وجوه: إما أن طلّق واحدةً، أو واحدة وثلاثا، أو ثنتين مع ذلك، أو واحدة أو ثلاثا، وقد دخل بواحدة أو ثنتين

والفصل الثالث: مسألة الخارجة والداخلة، وهي معروفة.

أما الفصل الأوّل:

قال محمد رحمه الله: رجل له ثلاث نسوة، دخل بواحدة، ولم يدخل بغيرها حتى قال: إحداكنّ طالق واحدة، ثم مات قبل البيان، ففي المسألة حكمان: حكم المهر، وحكم الميراث[2].

أما حكم المهر: قال: للمدخول بها[3] مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وثُلُثا مهر،

(١) وفي (ا) و (ب): "الزوج" مكان "المجمل".

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) وفي (ج) و (د): "للمدخولة".

لكلّ واحدة خمسة أسداس مهر، وهذا قول محمد رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لغير المدخولتين[1] مهر وثلاثة أرباع مهر، لكلّ واحدة سبعة أثمان مهر[2].

أما للمدخولة: مهر كامل[3]؛ لأنه لو وقع الطلاق عليها، لايسقط شيئ من مهرها، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر في قول أبي يوسف؛ لأن الطلاق لو وقع على إحداهما، فلَهما مهر ونصف، وإن لم يقع عليهما، فَلَهما مهران.

فأقلّ ما يجب[4] لهما مهر ونصف، وأكثر ما يجب لهما مهران، فإن وقع الطلاق على المدخولة[5]، فمهر ونصف ثابت بيقين، ووقع الشكّ في نصف مهر، فيتنصّف ويسقط الرّبع[6]، يوزّع ذلك عليهما، يَسقط من صَداق كلِ واحدة منهما الثمن، ويَبقى سبعة أثمان المهر.

ومحمد رحمه الله ذكر لنفسه طريقا في هذه المسائل، فقال: الدخول بمن دخل لايُغيّر حال غير المدخولتين، فيجعل في حقهما كأنّه لم يدخل بواحدة منهن، حتى لو طلّق

(١) "لغير المدخولتين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) "كامل" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "يجب" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) قوله: "فإن وقع الطلاق على المدخولة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) جاءت العبارة في (ا) و (ب): "ويسقط الربع بينهما من مهر كل واحدة الثمن".

واحدةً منهنّ، يسقط به نصف صَداق موزعا على الثلاث، فيسقط من مهر كل واحدة السدس، وإن اعتبرنا الأحوال.

والصحيح ما قاله محمد رحمه الله؛ لأن الطلاق إن وقَع على الكبرى من غير المدخولتين، فلهما مهر ونصف، وإن وقع على الصغرى فكذلك، فنصف المهر يسقط في حالين، ولايسقط في حال، فيَسقط ثُلثا نصف المهر، وهو ثلث المهر، فيبقى لهما مهر، وثلثا مهر.

وأما حكم الميراث: للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء، ولغير المدخولتين سبعة أسهم[1].

لأن المدخولة وارثة بيقين، فإن وقع الطلاق عليها فلها ثلث المال، وإن لم يقع فلها نصف الميراث، لأنه لايُزاحمها إلاّ امرأة واحدة، والنصف لغير المدخولتين لاستواء حالهما[2]، فيحتاج إلى حساب:

له ثلث ونصف، ولنصفه نصف، وأقلّه اثني عشر، فالمدخولة لها الثلث في حال أربعة، وفي حال النصف ستة، فتَيَقّنّا بأربعة، وشكَكنا في الزيادة، فتَتَنَصّفُ الزيادة[3]، فيعطى لها خمسة من اثني عشر، ولغير المدخولتين النصف في حال، وفي حال الثلثان فستّة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيتنصّف، فكان لهما سبعة من اثني عشر.

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) وفي (ا) و (ب): "لاستواتهما".

(٣) "الزيادة" ساقط من النسخ الأخرى.

اعتَبر محمد رحمه الله في الميراث حالَ غير المدخولتين جملةً، ولم يعتبر حال كل واحدة من غير المدخولتين[1] على سبيل الانفراد، وفي حكم[2] المهر اعتبرَ حالَهما على سبيل الانفراد.

قال أبو يوسف: قول محمد في الميراث يؤكّد قولي في الصَداق، ومحمد يقول في الميراث: لو اعتبرت حال كل واحدة على سبيل الانفراد، يزَداد حقّ المدخولة، ولايجوز أن يزداد حقها، لما ذكرنا من اعتبار الأحوال في حقها، ولأن الخصومة في المهر ترجع إلى الورثة، وحال كل واحدة في حق الورثة بين أمرين: إما إن كانت مطلقة، أو غير مطلقة، فيعتبر حال كل واحدة منهما على سبيل الانفراد.

أما الخصومة في الميراث: ترجع إلى النسوة، وهما في ذلك على السّواء، فلايعتبر كل واحدة على سبيل الانفراد[3].

ولو قال: إحداكنّ طالِق واحدةً، والأخرى ثلاثاً في صحته، والمسألة بحالها[4]

أما حكم الميراث: روى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه ألغى الثلاث، لأن الثلاث على أيّتهن وقع، حرّمَها الميراث، وحالهنّ في ذلك على السواء، فلايعتبر الثلاث، وتصير هذه المسألة والمسألة الأولى سواء.

---

(١) "من غير المدخولتين" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "حكم" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ولأن الخصومة في المهر" إلى آخر الفقرة من (ا) و (ب).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

قال محمد رحمه الله: ليس تفسير إلغاء الثلاث عند أبي حنيفة. ما قاله أبو يوسف، وكيف لايعتبر الثلاث ابتداءً، وقد تيَقّنا أن إحدى غير المدخولتين مطلّقة، محرومة عن الميراث، إمّا بالواحدة أو بالثلاث، فنعزلها، ونُسمّيها محرومة.

فنقول: إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيّتهما وقع حرمها الميراث، فلايعتبر الثلاث، وبقي الميراث بين المدخولة وصاحبة المحرومة، فيكون نصف الميراث للمدخولة، والنصف لصاحبة المحرومة[1]، ثم ما أصاب غيرَ المدخولة يكون بينها وبين المحرومة، إذ ليست إحداهما بالعزل والحرمان أولى من الأخرى.

هذا إذا كانت المحرومة محرومةً بوقوع الواحدة، فإن كانت محرومةً بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة وصاحبة المحرومة، إن وقعت على المدخولة، لايحرمها الميراث[2]، فيكون نصف الميراث للمدخولة، والنصف لصاحبة المحرومة، وإن وقعت على صاحبة المحرومة، حرّمها الميراث، وكان جميع الميراث للمدخولة.

فالمدخولة لها نصف الميراث في حالة، والكلّ في حالة، فيكون لها ثلاثة أرباع الميراث[3]، والربع لغير المدخولتين، لأن لهما النصف في حال، ولاشيء في حال، فكان

(١) من قوله: "فيكون نصف" إلى "لصاحبة المحرومة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "ثلاثة الأرباع".

لهما ربع الميراث[1].

قال محمد رحمه الله : ولست أقول بهذا، ولكن أقول: للمدخولة خمسة أثمان الميراث، ولغير المدخولتين ثلاثة أثمان، واعتبر الثلاث ابتداءً وانتهاءً، فأقول: إحدى غير المدخولتين محرومة عن الميراث، إما بالواحدة أو بالثلاث، فنعزلها، ونقول: إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين المدخولة وغير المدخولة، وحالهما في ذلك سواء، فيكون النصف للمدخولة، والنصف لغير المدخولتين.

وإن كانت المعزولة[2] محرومة بالثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، كان لها نصف الميراث، لأن غير المدخولة يزاحمها، وإن وقعت على غير المدخولة الأخرى[3]، تصير محرومة، وكان جميع الميراث للمدخولة، فلها جميع الميراث في حال، وإن وقعت الواحدة عليها كان لها نصف الميراث[4]، ويتنصف الباقي، فيكون لها ثلاثة الأرباع.

ثم لها ثلاثة أرباع الميراث، إن كانت المحرومة محرومة بوقوع الثلاث، وإن كانت محرومةً بوقوع الواحدة، كان للمدخولة النصف على ما قلنا، فتيقّنا بالنصف، وشككنا في الربع، فيتنصّف، فكان لها خمسة أثمان الميراث، ولغير المدخولتين ثلاثة أثمان، لأن

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "فيكون لهما الربع".

(٢) "المعزولة" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الأخرى" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وفي النسخ الأخرى: "فلها النصف".

المحرومة إن كانت محرومة بوقوع الثلاث[1]، كان لهما ربع الميراث، وإن كانت محرومة بوقوع الواحدة[2]، كان لهما نصف الميراث، فتيقنّا بالربع، وشككنا في الربع الآخر، فكان لهما ثلاثة الأثمان.

وأما حكم المهر: للمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وربع مهر بينهما[3]، لأنا تيقنّا بوقوع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، فنعزلها بنصف مهر، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة.

فنقول: لو كانتا غير مدخولتين، يسقط من صَداق كل واحدة منهما الربع، فالدّخول بمن دخل يمنع السقوط، بقي الساقط من مهر غير المدخولة الربع، فيكون لها ثلاثة أرباع المهر، وللمعزولة النصف، فيكون مهر وربع مهر بينهما.

وذكر في «كتاب النكاح» عن محمد: أن لهما مهرا وثلث مهر، لأنه لو لم يدخل بواحدة منهن، يسقط بالطلاقين مهر كامل بينهن، فالدخول بالمدخولة منع السقوط، وسقط من مهر غير المدخولتين ثلثا مهر، فكان لهما مهر وثلث مهر.

والصحيح ما ذكر هنا، لأنا تيَقنّا بوقوع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، وسقوط نصف مهر، فلامعنى للتردّد، إنما نجعل كذلك إذا لم نَستَيقن بوقوع الطلاق

(١) وفي النسخ الأخرى: "بالثلاث".

(٢) وفي النسخ الأخرى: "بالواحدة".

(٣) ذكره في التاتارخانية، وقال: "وهذه رواية الزيادات، وهو المروي عن أبي يوسف، وهو الصحيح". انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/٤٣٨.

وسقوط شيء من المهر، أما عند التيقّن بالسقوط فلا.

وعلى قول أبي يوسف لهما مهر وربع، لأنه يَعتبر الأكثر والأقلّ، وأقلّ ما يجب[1] لهما مهر واحد، إن[2] وقع الطلاقان عليهما، وأكثر ما يجب[3] لهما مهر ونصف، إن وقع أحد الطلاقين على المدخولة، فتَيقنّا بمهر واحد، وشككنا في نصف مهر، فتتنصّف الزيادة.

ثم إن محمدا رحمه الله ذكر الصّحة في هذه المسألة، ولم يذكر فيما تقدم؛ لأن الثلاث في المرض لايحرم المدخولة الميراث، فإن كان لاتعرف المدخولة بعينها، كان مهران وربع مهر بينهن بالسويّة، وعلى رواية «كتاب النكاح» مهران وثلث مهر بينهن.

ولو كان الزوج قال في حال حياته قولَه: "قد أوقَعتُ الثلاث[4] على إحدى غير المدخولتين"، كان للمدخولة ثلاثة أرباع الميراث، والربع لغير المدخولتين، لأن المدخولة وارثة على كل حال، ولها النصف في حالٍ، والكل في حالٍ، فكان لها ثلاثة الأرباع.

ولو كان دخل بِثنتين والمسألة بحالها، فلغير المدخولة ثُمن الميراث، وللمدخولتين سبعة الأثمان[5]، لأن إحدى المدخولتين وارثة قطعا. إما بوقوع الواحدة أو بعدم الوقوع،

---

(١) "يجب" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) كذا في (ج) و (د)، وفي الأصل: "لو وقع".

(٣) "يجب" ساقط من النسخ الأخرى: (ا) و (ب).

(٤) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "الواحدة" مكان "الثلاث".

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

فنعزلها.

ونقول: إن كانت وارثة بعدم الوقوع، فغير المدخولة لاتسلم عن الطلاق، ويكون جميع الميراث للمدخولتين، وإن كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين المدخولة وغير المدخولة، إن وقع على غير المدخولة، كان جميع الميراث للمدخولتين، وإن وقع الثلاث على المدخولة، كان نصف الميراث لغير المدخولة، فغير المدخولة لها النصف في حال، ولاشيئ في حال، فيتنصّف، فكان لها الربع.

ثم إن لها الربع في هذه الحالة، وهو ما إذا كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، وفيما إذا كانت وارثة بعدم الوقوع، لاشيئ لها، فلها الربع في حال، ولاشيئ في حال، فيتنصّف الربع[1]، فكان لها الثمن، ولهما سبعة أثمان الميراث[2]، لأن لهما ثلاثة الأرباع في حال، والكل في حال، فثلاثة الأرباع ثابت بيقين، وقد[3] وقع الشك في الربع الباقي[4] فيتنصف فكان لهما سبعة أثمان الميراث[5].

وذكر ابن سماعة[6] رحمه الله [عن محمد][7] أنّ لغير المدخولة الربع، لأن أحد

(١) "فيتنصف الربع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "أثمان الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "قد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "الباقي" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "أثمان الميراث" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) هو محمد بن سَماعة التميمي، وتقدّم ترجمته في ص ٥٨.

الطلاقين واقع على إحدى المدخولتين، فنعزلها، فنقول: إن كانت معزولة بوقوع الواحدة بقي الثلاث بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، إن وقع على المدخولة، كان لغير المدخولة نصف الميراث، والنصف للمدخولة، وإن وقع الثلاث على غير المدخولة، لاشيئ لغير المدخولة، فلغير المدخولة النصف في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الربع.

وإن كانت المعزولة مطلقة بوقوع[1] الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، إن وقع على غير المدخولة، لاشيئ لها، وإن وقعت على المدخولة، كان لغير المدخولة النصف، فلها النصف في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الربع على كل حال.

وفي ظاهر الرواية: لها الثمن، ووجهه ما ذكرنا، وللمدخولتين مهران، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع المهر، لأن إحدى المدخولتين مطلّقة، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، ولو لم يكن دخل بواحدة منهما[2]، كان الساقط به نصف صداق بينهما، فربع المدخولة لم يسقط، وسقط من صداق غير المدخولة الربع، فبقي لها ثلاثة الأرباع.

وعلى قول[3] أبي يوسف كذلك، لأن أقلّ ما يجب لها نصف مهر، وأكثر ما يجب

(٧) ما بين المعكوفتين "اضافة من".

(١) "وقوع" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "ولو لم يدخل بواحدة منهن".

(٣) في النسخ الأخرى: "وعند أبي يوسف".

لها مهر كامل[1]، فالنصف ثابت بيقين، ووقع الشك في النصف الباقي، فيتنصّف، فكان لها ثلاثة الأرباع.

مِن المشايخ من طعن في هذا الجواب، وقال: ينبغي أن يكون لها ثلثا المهر، أما على قول أبي يوسف: فلأن الطلاقين لو وقعا على المدخولتين، كان لغير المدخولة كل المهر[2]، وإن وقع الثلاث على غير المدخولة أو الواحدة، لها نصف المهر، فلها نصف المهر في حالين، ومهر كامل[3] في حالة واحدة، فنصف المهر يسقط في حالتين، ولايسقط في حالة واحدة، فيكون لها قد سقط[4] ثلثا النصف، وهو ثلث الكل، ويبقى ثلثا مهر.

وكذلك على قول محمد رحمه الله، لأنه لو لم يكن دخل[5] بواحدة منهنّ، يسقط بالطلاقين مهر بينهن، فالدخول بمن دخل منع السقوطَ، بقي الساقطُ من صداق غير المدخولة الثلث، والصحيح ما قال في الكتاب.

أما على قول محمد: فلأنه، إنما يصار إلى التردّد، ولايعتبر الدخول، إذا لم نتيَقّن بعدم السقوط بأحد الطلاقين، وهنا تيقنّا بوقوع أحد الطلاقين على المدخولة، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، فنقضي بالتردّد في حق هذا الطلاق.

---

(١) في (ا) و (ب): "مهر فقط".

(٢) في (ا) و (ب): "مهر كامل".

(٣) في (ا) و (ب): "مهر فقط".

(٤) في النسخ الأخرى: "فيسقط".

(٥) في النسخ الأخرى: "لو لم يدخل".

وكذا على قول أبي يوسف أحد الطلاقين واقع على إحدى المدخولتين، فيجعل ذلك الطلاق مع تلك المطلّقة ملحقا بالعدم، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، فيعتبر فيه الأقل والأكثر.

ولم يذكر محمد في هذه المسألة رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله في إلغاء الثلاث، ولاقولَ نفسه كما في الفصل الأوّل.

رجل تزوّج بأربع نسوة، ودخل بواحدة منهن، ثم قال في صحته: "إحداكن طالق واحدة، والأخرى ثلاثا" ومات قبل البيان[1].

أما حكم الميراث: فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، لها ربع الميراث، وإن وقعت على إحدى البواقي، فللمدخولة الثلث، فلها الثلث في حال أربعة من اثني عشر، والربع في حال ثلاثة من اثني عشر، فالثلاثة ثابتة بيقين، ووقع الشك في السهم الآخر[2]، فيتنصّف، فيكون لها سبعة من أربعة وعشرين.

وأما على قول محمد: الثلث معتبر ابتداءً وانتهاءً، فنقول: إحدى غير المدخولات وارثة بيقين، فإن إحداهن غير مطلقة، فنعزلها للإصابة، وإحداهن مطلّقة محرومة عن الميراث[3] بيقين، فنعزلها للحرمان.

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) في النسخ الأخرى: "سهم واحد"

(٣) "عن الميراث" ساقط من النسخ الأخرى.

فنقول: المحرومة إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث دائرا بين مدخولة وغير مدخولة، على أيتهما وقعت حرمها عن الميراث، فيكون نصف الميراث بين المرأتين، والنصف للمعزولة للإصابة، فكان للمدخولة في هذه الحالة رُبع الميراث، وثلاثة الأرباع لغير المدخولات.

وإن كانت المعزولة للحرمان محرومة بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة بين المدخولة وغير المدخولة، إن وقعت على غير المدخولة، كان نصف الميراث للمعزولة للإصابة، والنصف للمدخولة، وإن وقعت الواحدة[1] على المدخولة، كان للمدخولة ثلث الميراث، لعدم الوقوع على الثنتين من غير المدخولات.

فالمدخولة لها الثلث في حال، والنصف في حال، فيكون لها خمسة من اثني عشر، وفي الحالة الأولى، وهي حال وقوع الواحدة على المحرومة، كان للمدخولة ربع الميراث، ثلاثة من اثني عشر، فثلاثة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيتنصّف، فيكون لها أربعة من اثني عشر، ولغير المدخولات ثلاثة أرباع الميراث[2]، تسعة من اثني عشر إن كانت المحرومة محرومة بوقوع الواحدة.

وإن كانت محرومة بوقوع الثلاث، فإن وقعت الواحدة على المدخولة، كان لغير المدخولات ثلثا الميراث، ثمانية من اثني عشر، وإن وقعت الواحدة على غير المدخولة، كان

---

(١) في النسخ الأخرى: "وقع فقط".

(٢) في النسخ الأخرى: "الأرباع".

لغير المدخولات ستة من اثني عشر، فيتنصّف السهمان، فكان لهن سبعة من اثناعشر[1]، وفي الحالة الأولى تسعة، فتتنصّف الزيادة، فيكون لهن ثمانية من اثني عشر.

وأما حكم المهر: فللمدخولة مهر كامل، وللبواقي مهران وسدس، لكل واحدة ثلثا مهر وثلث سدس مهر[2]، لأن إحداهن مطلّقة بيقين، فنعزلها بنصف مهر، بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولتين.

ولو لم يكن دخل بواحدة منهن، يسقط به نصف صداق[3] بينهن، أصاب كل واحدة من ذلك السدس، فمهر المدخولة بقي على حاله، وسقط من مهر غير المدخولتين الثلث، بقي لهما مهر وثلثا مهر، ونصف مهر للمعزولة، فيكون صَداقان وسُدُس صداق بينهن.

وعلى جواب كتاب النكاح: لهن مهران وربع، لأن إحداهن مطلّقة بيقين، فنعزلها بنصف صداق، وإحداهن غير مطلّقة، فنعزلها بصداق كامل.

بقي طلاق بين مدخولة وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة، يسقط نصف صداق بينهما، فمهر المدخولة إن تأكّد بقي الساقط من صداق غير المدخولة الربع، وبقي لها ثلاثة الأرباع، وللمعزولتين صداق ونصف، فيصير صَداقان وربع بينهن.

وكذلك على قول أبي يوسف، لأن أقل ما لهنّ صداقان، بأن وقع الطلاقان عليهن،

(١) "من اثنا عشر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "مهر".

وأكثر ما لهنّ مهران ونصف، بأن وقع أحد الطلاقين عليهن، فمهران ثابتان بيقين، وقع الشك في نصف مهر، فيتنصّف، فيكون لهن مهران وربع.

ولو كان دخل بثنتين منهن والمسألة بحالها، فللمدخولتين أربعة وستون سهما، وخمسة أسداس سهم. ونصف سدس سهم من ستة وتسعين سهما، ولغير المدخولتين أحد وثلاثون سهما ونصف سدس سهم، من ستة وتسعين سهما[1].

وهذه المسألة تنبنى على مسألتين:

إحداهما: إذا كان له ثلاث نسوة، دخل بواحدة، فقال: إحداكن طالق ثلاثا، كان للمدخولة ثلث ميراث النساء في قوله.

والثانية، لو قال: إحداكنّ طالق ثلاثا والأخرى واحدة، على قول محمد للمدخولة خمسة أثمان الميراث.

ووجه البناء أن في مسألتنا هذه إحدى المدخولتين وارثة بيقين، لأن الطلاقين لو وقعا عليهما، فالتى عليها الواحدة وارثة، فنقول: إن كانت الوارثة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الطلاق[2] الثلاث بين مدخولة وغير مدخولتين، فيكون للمدخولة ثلث الميراث في قولهم.

وإن كانت الوارثة بيقين وارثة بعدم الوقوع عليها[3] بقي طلاقان، واحدة وثلاث

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "عليها" ساقط من النسخ الأخرى.

بين مدخولة وغير مدخولتين، على قول محمد للمدخولة خمسة أثمان الميراث.

فصَحّ أن المسألة تنبنى على هاتين المسألتين، ثم وجه التخريج أن نقول: إحدى المدخولتين وارثة بيقين، فنعزلها، ونسمّيها معزولة للإصابة.

فنقول: إن كانت المعزولة وارثة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولتين، على أيتهن وقع، حرمها الميراث، فكان للمعزولة للإصابة ثُلث الميراث، والباقي بين الباقيات أثلاثا لاستواء حالهن.

وإن كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، فإحدى غير المدخولتين لاتسلم عن الطلاق، فتكون محرومة، فنقول: إن كانت محرومة بوقوع الواحدة، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيّتهما وقع حرمها الميراث، فيكون للمعزولة للإصابة نصف الميراث، وإن كانت المحرومة محرومة بوقوع الثلاث، بقيت الواحدة.

إن وقعت على المدخولة، كان للمعزولة ثلث الميراث، لأنه يزاحمها امرأتان، وإن وقعت الواحدة على غير المدخولة، كان للمعزولة للإصابة نصف الميراث، لأنه لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فلها في هذه الحالة، الثلث مرّةً وهو أربعة، والنصف أخرى وهو ستة، فأربعة ثابتة، وما زاد عليها إلى ستة ثبتت في حالٍ دون حالٍ، فيكون لها خمسة من اثني عشر، ثم لها خمسة في هذه الحالة.

وفي الحالة الأخرى، وهي ما إذا كانت المحرومة محرومة بوقوع الواحدة، كان للمعزولة للإصابة نصف الميراث، ستة فخمسة بيقين، والسهم الزائد مشكوك فيه، فيتنصّف، فيكون لها خمسة ونصف.

هذا إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، وإن كانت وارثة بوقوع الواحدة، فلها في تلك الحالة الثلث أربعة، فأربعة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهم ونصف، فتتنصّف الزيادة، فيصير[1] لها أربعة وثلاثة أرباع سهم، فهو حاصلُ مَا كان للمعزولة للإصابة.

وأما نصيب صاحبتها: ففيما إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بوقوع الواحدة، كان لصاحبتها ثلث الثلثين. وفيما إذا كانت المعزولة للإصابة وارثة بعدم الوقوع، ذكرنا أن للمعزولة للإصابة في هذه الحالة خمسة ونصف من اثني عشر، كان لصاحبتها خمسة أثمان ما بقي بعد نصيب المعزولة، والباقي بعد نصيب المعزولة ستة ونصف، وليس كذلك[2] ثُمن صحيح، فانكَسَر الحساب بالأثمان.

فاضرب أصل المسألة وهو اثني عشر في ثمانية، فيكون ستة وتسعين، فجعلنا ميراث النساء على ستة وتسعين، فنقول: حاصلُ ما صار للمعزولة للإصابة أربعة، وثلاثة أرباع، مضروبا في ثمانية، فيكون[3] ثمانية وثلاثين، فهو حاصل نصيب المعزولة.

وأما نصيب صاحبتها: فلها في الحالة الأولى ثلث الثلثين، والثلثان أربعة وستون، فثلثه أحد وعشرون وثلث، ولها في الحالة الثانية خمسة أثمان، ستة ونصف، وستة ونصف مضروبا في ثمانية، يكون اثنين وخمسين، كل ثمن ستة ونصف، فخمسة أثمانه

---

(١) وفي (ا) و (ب): "فيكون لها".

(٢) "كذلك" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي (ا) و (ب): "فيصير".

يكون اثنين وثلاثين ونصف، فما زاد على أحد وعشرين وثلث، إلى اثنين وثلاثين ونصف، وذلك أحد عشر وسدس مشكوك فيه، فيتنصّف، فيصير خمسة ونصف، ونصف سدس ضمّ إلى أحد وعشرين وثلث، فيصير ستة وعشرين وخمسة أسداس ونصف سدس سهم، ضم إلى نصيب المعزولة، وذلك ثمانية وثلاثون، فيصير أربعة وستين وخمسة أسداس ونصف سدس كما قال في الكتاب.

وأما غير المدخولتين: فإن كانت المعزولة للإصابة معزولة بغير طلاق، لهما ثلاثة أثمان، اثنين وخمسين، كل ثمن ستة ونصف، فيكون تسعة عشر ونصفا.

وإن كانت المعزولة للإصابة معزولة بالواحدة، فلهما ثلثا أربعة وستين، وذلك اثنان وأربعون وثلثا سهم، فما زاد على تسعة عشر ونصف إلى اثنين وأربعين وثلثين، وذلك ثلاثة وعشرون، وسدس مشكوك فيه، فيتنصّف، فيصير أحد عشر ونصفا ونصف سدس، ضمّ هذا إلى تسعة عشر ونصف، فيصير أحدا وثلاثين ونصف سدس.

وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على إحدى المدخولتين كان لهما نصف الميراث، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين كان للمدخولتين ثلثا الميراث، ثمانية من اثني عشر، فلهما ثمانية في حال، وستة في حال، فكان لهما سبعة، ولغير المدخولتين ستة في حال، وأربعة في حال، فكان لهما خمسة.

وأما حكم الأصدقة[1]: للمدخولتين مهران، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع

(١) وفي (ا): "حكم المهور".

مهر، وعلى قياس قول محمد رحمه الله ينبغي أن يكون لهما[1] مهر ونصف، لأنا لم نتَيقّن بوقوع الطلاق على إحدى الفريقين، فنقول: لو لم يكن دخل بواحدة، كان الساقط بالطلاقين صَداقا كاملا، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقَط مِن صداق غير المدخولتين النصف.

وجه ما ذكرنا في الكتاب: أنه لو وقع الطلاق على المدخولتين، كان لغير المدخولتين مهران، ولو وقع الطلاقان على غير المدخولتين، كان لهما مهر واحد، فأسقطناها من الحالتين، لوقوع التعارض، لاستواءهما في الضرر والمنفعة.

تبقى حالة ثالثة، وهو أن يقع أحد الطلاقين على إحدى غير المدخولتين، فجعلنا الكلّ غيرَ مدخولات، وطلاقٌ بينهن، فيسقط نصف مهر بين الكل[2]، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقط من صداق[3] غير المدخولتين الربع.

أو نقول: بأن المهر الواحد ثابت في الأحوال كلها، وقع الشك في الزيادة، فلهما مهر ونصف في حالة، ومهران في حالة، فيثبت نصف ما هو ثابت في كل حال، وذلك مهر وثلاثة أرباع مهر.

واختلف المشايخ في قول أبي يوسف، قال بعضهم: لغير المدخولتين مهر ونصف

(١) "لهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي النسخ الأخرى: "بينهن".

(٣) وفي النسخ الأخرى: "مهر".

مهر[1] عنده، لأن أقلّ ما يجب لهما مهر واحد، بأن وقع الطلاق عليهما، وأكثر ما يجب لهما مهران، بأن وقع الطلاق على المدخولتين، فيتنصّف المشكوك، فيكون لهما مهر ونصف مهر.

وقال بعضهم: لهما مهر وثلاثة أثمان مهر عنده، لأن الطلاقين لو وقعا على المدخولتين، كان لغير المدخولتين[2] مهران، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولتين فلهما مهر ونصف في حال[3]، ومهران في حال، فيتنصّف نصف المهر، فيصير لهما مهر وثلاثة أرباع مهر.

وإن وقع الطلاقان على غير المدخولتين[4]، فلهما مهرٌ واحدٌ في هذه الحالة، ومهر وثلاثة أرباع مهر في الحالة الأولى، فيتنصف ثلاثة الأرباع، فيكون لهما مهر وثلاثة أثمان مهر.

وعلى المدخولتين عدّة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، تستكمل فيها ثلاث حيض، لأن الطلاقين إن وقعا عليهما، كان عليهما عدة الطلاق ثلاث حيض، وإن لم يقعا عليهما، كان عليهما عدة الوفاة، فكل واحدة من العدتّين تجب في حال دون حال. فيجمع بين

---

(١) "مهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) في النسخ الأخرى: "لهما".

(٣) "في حال": ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) وفي النسخ الأخرى "عليهما" و قوله: "على غير المدخولتين" ساقط منها.

العدتين[1].

وعلى غير المدخولتين عدة الوفاة لاحيض فيها، لأن على اعتبار وقوع الطلاق عليهما، لاعدة عليهما.

ولو كان دخل بثلاث، والمسألة بحالها، فعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة تلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على غير المدخولة، لاشيئ لها، وإن لم تقع، لها ربع الميراث، فكان لها الثمن.

وعلى قول محمد للمدخولات خمسة أسداس ونصف سدس سهم[2]، لأن ثنتين من المدخولات وارثتان، إما بوقوع الطلاق[3] الواحدة على إحداهما، أو بعدم الوقوع عليهما[4].

فإن كانت وارثتين[5] بعدم الوقوع، فغير المدخولة لاتسلم عن أحد الطلاقين، فيكون جميع الميراث للمدخولات.

وإن ورثتا بوقوع الواحدة على إحداهما، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيتهما وقع حرمها الميراث، فيكون للمعزولتين ثلثا الميراث، والثلث الآخر بين

(١) وفي النسخ الأخرى: "بينهما".

(٢) "سهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٨.

(٥) "فإن كانت وارثتين". ساقط من النسخ الأخرى.

مدخولة وغير مدخولة، لكل واحدة منهما السدس، فيكون للمدخولات خمسة أسداس الميراث، ولغير المدخولة السدس.

وفي الحالة الأولى: وهو ما إذا ورثنّا بعدم الوقوع، كان جميع الميراث للمدخولات، فلهنّ الكل في حال، وخمسة الأسداس في حال، فكان لهن خمسة أسداس ونصف سدس، ولغير المدخولة السدس في حال ولاشيئ في حال، فكان لها نصف السدس، وللمدخولات مُهُور كَوَامل، ولغير المدخولة خمسة أسداس مهر، لأن إحدى المدخولات مطلّقة.

بقي طلاق واحد بين مدخولتين وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر بينهن، من مهر كل واحدة السدس، فالدخول بمن دخل منع السقوط، وسقط من مهر غير المدخولة السدس. وعلى قول أبي يوسف لغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر، لأن أحد الطلاقين وقع على المدخولة.

بقي طلاق آخر إن وقع على غير المدخولة[1]، كان لها نصف مهر، وإن لم يقع عليها، فلها مهر كامل، فيكون لها ثلاثة أرباع مهر.

ولو دخل بثلاث منهن، فقال: إحدى نساءي طالق ثلاثا، والأخرى ثنتين، والأخرى واحدة، ومات قبل البيان، فلغير المدخولة نصف سدس الميراث، لأن ثنتين من المدخولات وارثتان، لأن استواء حالهنّ أن يقع الكل عليهن، فالتي يقع عليها الواحدة

(١) في النسخ الأخرى: "عليها".

والتي يقع عليها الثنتان[1] وارثتان، فنعزلهما.

ونقول: إن ورثنا بعدم الوقوع على إحداهما، فغير المدخولة لاتسلم عن الطلاق، ولاترث شيئا في هذه الحالة، وإن ورثنا بوقوع الواحدة على إحداهما والثنتين على الأخرى، بقي الثلاث بين مدخولة وغير مدخولة، على أيّتهما وقع، حرمها عن الميراث، فيكون ثلثا الميراث للمعزولتين، والثلث بين المدخولة الأخرى وغير المدخولة، فيكون خمسة أسداس الميراث للمدخولات، والسدس لغير المدخولة.

وفي الحالة الأولى: وهي حالة عدم الوقوع على إحدى المعزولتين، كان جميع الميراث للمدخولات، ولغير المدخولة السدس في حال، ولاشيئ في حال، فيكون لها نصف السدس، وللمدخولات خمسة أسداس الميراث في حال، والكل في حال، فيكون لهن خمسة أسداس الميراث ونصف سدس.

وعلى رواية أبي يوسف تلغى الثلاث، بقي الثنتان والواحدة، إن وقعا على المدخولات، كان لهن ثلاثة الأرباع، والربع لغير المدخولة، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولة، كان جميع الميراث للمدخولات، فللمدخولات ثلاثة الأرباع في حال، والكل في حال، فيتنصّف الربع، فيكون لهن سبعة الأثمان، ولغير المدخولة الربع في حال، ولاشيئ في حال، فكان لها الثمن، وللمدخولات ثلاثة مهور، ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر، لأنا تيقنّا بوقوع الطلاقين على المدخولات.

بقي طلاق آخر بين مدخولة وغير مدخولة، لو لم يكن دخل بواحدة منهما، سقط

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "اثنان".

به نصف مهر بينهما، فالدخول بمن دخل منع السقوط، بقي الساقط من مهر غير المدخولة الربع، وعلى اعتبار الأقل والأكثر، وهو قول أبي يوسف كذلك.

أما الفصل الثاني:

رجل تزوّج بثلاث نسوة، ودخل بواحدة، فقال في صحته: "إحدى نسائي طالق واحدة أو ثلاثا"، ومات قبل البيان، قال: للمدخولة ثلاثة أثمان الميراث[1]، لأن الواقع أحد الطلاقين لمكان كلمة "أو".

فإن كان الواقع هو الثلاث، وحالهن في ذلك على السواء، كان الميراث بينهن أثلاثا، للمدخولة الثلث.

وإن كان الواقع هي الواحدة، فإن وقعت على المدخولة، كان لها الثلث أيضا، أربعة من اثني عشر، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين، كان للمدخولة النصف ستة، فتيقّنا في أربعة، وشككنا في سهمين، فيتنصّف، فكان لها خمسة من اثني عشر، ثم لها خمسة في هذه الحالة.

وفي الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، كان لها أربعة، فيتنصف السهم الخامس، فيكون لها أربعة ونصف، وأربعة ونصف من اثني عشر ثلاثة أثمانه.

ولغير المدخولتين في الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، ثلثا الميراث ثمانية، وفي الحالة الثانية: وهي حال وقوع الواحدة، إن وقعت الواحدة عليهما، لهما نصف الميراث ستة، وإن وقعت الواحدة على المدخولة، كان لغير المدخولتين ثمانية من اثني

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

عشر، فيتنصف السهمان، فيكون لهما سبعة من اثني عشر.

وفي الحالة الأولى: وهي حال وقوع الثلاث، كان لغير المدخولتين ثمانية من اثني عشر، وقع الشك في السهم الثامن، فكان لهما سبعة ونصف، وسبعة ونصف من اثني عشر خمسة أثمانه، كل ثمن سهم ونصف.

وعلى رواية أبي يوسف: للمدخولة خمسة من اثني عشر، لأن الثلاث لغو، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، لها أربعة، وإن وقعت على إحدى غير المدخولتين، فللمدخولة ستة، فتتنصف الزيادة، فيكون لها خمسة من اثني عشر سهما.

وللمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولتين مهر وثلثا مهر[1]، لكل واحدة خمسة أسداس مهر، لأن الواقع أحد الطلاقين، قضيةً لكلمة "أو"[2]، لو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر موزعا على الكل، فسدس المدخولة لم يسقط، وسقط من مهر غير المدخولتين الثلث.

وعلى قول أبي يوسف: لهما مهر وثلاثة أرباع مهر، لأن أقل ما لهما مهر ونصف، وأكثر ما لهما مهران، فيكون لهما مهر وثلاثة أرباع مهر.

ولو كنّ أربعا، ودخل بواحدة، فقال: إحداكنّ طالق ثلاثا أو واحدة، ومات قبل البيان، قال: للمدخولة ثلاثة أسهم، وربع سهم من اثني عشر سهما من ميراث النساء،

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٢) "قضية لكلمة أو" ساقط من (ا) و (ب).

ولغير المدخولات ثمانية أسهم وثلاثة أرباع سهم[1].

لأن الواقع لو كان هو الثلاث، كان لغير المدخولات ثلاثة الأرباع، وإن كان الواقع هو الطلاق الواحد، فإن وقع على المدخولة، فلها الربع، وإن وقع على إحدى غير المدخولات، فللمدخولة الثلث، فالربع ثابت بيقين، وقع الشك فيما زاد على الربع إلى الثلث، فيتنصّف، فيكون لها ثلاثة ونصف حال وقوع الواحدة، وحال وقوع الثلاث لها الربع ثلاثة، فتتنصف الزيادة، فكان لها ثلاثة وربع.

وعلى قياس رواية أبي يوسف ثلاثة أسهم ونصف من اثني عشر، لأنه لايعتبر الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولة، فلها الربع ثلاثة، وإن وقعت على غيرها، فلها الثلث أربعة، فتتنصف الزيادة، فيكون لها ثلاثة ونصف.

وأما حكم المهر: للمدخولة مهر كامل، ولغير المدخولات مهران وخمسة أثمان مهر[2]، لأن الواقع طلاق واحد. ولو لم يكن دخل بواحدة، سقط نصف مهر موزعا على الأربع. فمهر المدخولة تأكّد، وسقط من صداقهن ثلاثة أثمان مهر.

وعلى قول أبي يوسف: لهن مهران وثلاثة أرباع مهر، لأن أقل ما لهن مهران ونصف، وأكثر ما لهن ثلاثة مهور، فيكون لهن مهران وثلاثة أرباع مهر.

ولو دخل بثنتين، والمسألة بحالها، كان للمدخولتين ستة أسهم ونصف، ولغير

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٢) المصدر السابق.

المدخولتين خمسة ونصف[1]، لأن الواقع إن كان هو الثلاث، فالميراث بينهن أرباع. وإن كان هو الواحدة، فإن وقع على المدخولتين، فلهما نصف الميراث، وإن وقع على غيرهما، فلهما ثمانية، فستة ثابتة بيقين، ووقع الشك في سهمين، فيكون لهما سبعة. وحال وقوع الثلاث لهما نصف الميراث ستة، فيتنصف السهم السابع فكان لهما ستة ونصف.

ولغير المدخولتين حال وقوع الثلاث ستة، وحال وقوع الواحدة لهما خمسة، فكان لهماخمسة ونصف[2].

وعلى رواية أبي يوسف: تلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولتين لهما ستة، وإن وقعت على غير المدخولتين، كان للمدخولتين[3] ثمانية، فيتنصف السهم، فكان لهما سبعة، ولغير المدخولتين أربعة في حال، ستة في حال، فيكون لهما خمسة، وللمدخولتين مهران، ولغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر بالإجماع مع اختلاف التخريج.

ولو دخل بثلاث، والمسألة بحالها، فللمدخولات تسعة عشر ونصف، من أربعة وعشرين من ميراث النساء، ولغير المدخولة أربعة أسهم ونصف، لأن الواقع لو كان هو الثلاث، كان للمدخولات ثلاثة أرباع الميراث، وهو تسعة من اثني عشر.

ولو كان الواقع واحدة، إن وقعت على المدخولات، كان لهن تسعة أيضا، وإن

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٣) في النسخ الأخرى: "فللمدخولتين".

وقعت على غير المدخولة، فلهنّ الكل، فالتسعة بيقين، وقع الشك في ثلاثة، فتتنصف الزيادة، فصار لهن عشرة ونصف.

وحال وقوع الثلاث، كان لهن تسعة، فتسعة بيقين، والشك في سهم ونصف، فيتنصف، فصار تسعة وثلاثة الأرباع، فمحمد ضَعّفه، وجعله تسعة عشر ونصفا، ولم يُبال بالكسر بالإنصاف، والباقي لغير المدخولة على الوجه الذي قلنا[١].

وعلى رواية أبي يوسف: للمدخولات سبعة أثمان الميراث، لأنه يلغى الثلاث، بقيت الواحدة، إن وقعت على المدخولات، فلهن ثلاثة الأرباع، وإن وقعت على غير المدخولة، كان الكل لهن، فلهن الكل في حال، وثلاثة الأرباع في حال، فكان لهن سبعة الأثمان، ولغير المدخولة الثمن، وللمدخولات مهور كوامل.

ولغير المدخولة سبعة أثمان المهر عند محمد[٢]، لأن المعتبر طلاق واحد، ولو لم يكن دخل بواحدة، سقط به نصف مهر موزّعا عليهن، ومهر المدخولات تأكّد.

بقي الساقط من مهر غير المدخولة الثمن، وعلى اعتبار الأقل والأكثر، وهو قول أبي يوسف لغير المدخولة[٣] ثلاثة أرباع المهر.

الفصل الثالث:

رجل له ثلاث نسوة، لم يدخل بواحدة، دخل عليه ثنتان، فقال: "إحداكما

(١) "على الوجه الذي قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٣٩.

(٣) "لغير المدخولة" ساقط من (ا) و (ب).

طالق"، ثم خرجت[1] إحداهما، ودخلت الأخرى، فقال: إحداكما طالق، ثم مات قبل البيان.

قال: للخارجة ثلاثة أرباع مهرها، وللثانية خمسة أثمان مهرها، وللداخلة سبعة أثمان مهرها، لأن الكلام الأوّل صحيح، وقد سقط به نصف مهر موزّعا على الخارجة والثابتة، فيسقط من مهر كل واحدة الربع.

وأما الكلام الثاني صحيح في حال دون حال، إلا إذا أراد بالكلام الأوّل الخارجةَ صَحّ الكلام الثاني، وإن أراد بالأوّل الثابتةَ لايصحّ الكلام الثاني، ولو صَحّ من كل وجه، سقط به نصف مهر [موزعا][2]، فإذا تردّد يسقط نصف النصف، وهو الربع، موزعا عليهما، فيسقط من مهر الثابتة الربع بالكلام الأوّل، والثُّمن بالكلام الثاني، وسقط من مهر الداخلة الثمن بالكلام الثاني.

قال في الكتاب: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وذكر الكرخي[3] أن هذا قول محمد خاصة، وقاسَه على مسألة العتاق.

وأما حكم الميراث قال: للداخلة نصف الميراث، والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان، لأنه إن أراد بالكلام الأوّل الخارجة، صَحّ الكلام الثاني، ويكون الميراث بين الثابتة والداخلة، وإن أراد بالكلام الأوّل الثابتةَ، لايصح الكلام الثاني، فتيقنّا أن الداخلة وارثة،

(١) في النسخ الأخرى: "فخرجت"

(٢) ما بين المعكوفتين إضافة من (ا) و (ب).

(٣) هو عبيد الله بن الحسين، الشهير بأبي الحسن الكرخي، تقدّم ترجمته في ص: ١٠٧.

ولها النصف، والنصف الآخر دائر بين الخارجة والثابتة، فكان بينهما.

وختم الزعفراني[1] رحمه الله البابَ بمسألة ذكرها ابن سماعة رحمه الله [في]: [2]

رجل تزوج ثلاثا في عقدة، وثنتين في عقدة، وأربعاً في واحدة، [3] ودخل بثنتين لايعرفان، ثم طلّق إحدى نسائه ثلاثا، والأخرى واحدة، ثم تزوج واحدة بعد انقضاء مدّة العدّة، ومات قبل البيان، قال: للواحدة سبعة عشر سهما، من أربعة وعشرين سهما، وللثلاث سبعة، ولاشيئ للأربع ولاللثنتين.

جَعَل نكاح الأربع فاسدا، استدلالابنكاح الواحدة بعد الكل، وصار نكاح الواحدة بياناً أن نكاح الأربع كان متأخرا، والدخول مصروف إلى المنكوحة، حملالأمره على الصحة، وإذا فسد نكاح الأربع، لاميراث لهن ولامهر.

---

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن عَبدُوس بن كامل، أبو الحسين، الدلال، المعروف بالزَّعفَراني، له ذكرٌ في «الهداية»، وحدّث الخطيب عن أبي القاسم التنوخي قال: كان الزعفراني معه يختلف إلى أبي بكر الرازي، ويأخذ الفقه عنه، وقال السمعاني: كان فقيها صالحا ثقة، من أهل بغداد، وكانت وفاته سنة ٣٩٣هـ. والزَّعفَراني: بفتح الزاى وسكون العين المهملة وفتح الفاء والراء المهملة، ذكر السمعاني أن "الزعفراني" نسبة إلى زعفرانية، قَرية من سواد بغداد، وإلى بيع الزعفران، وإلى قرية بين همدان وأسد آباد.

ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١١٥٠، «الطبقات السنية» برقم ١٧٧٧، «الفوائد البهية» ص ١٥٥، «تاريخ بغداد» ١/ ٢٦٥، «الأنساب» ٦/ ٣٠٠.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٣) في النسخ الأخرى: "عقدة".

وأما الواحدة: كما يَصحّ نكاحها مع الثلاث، يَصحّ مع الثنتين، فإن صَحّ مع الثنتين، فلاميراث لهما، لأنه لو صَحّ نكاحهما فقد وقع الطلاق[1] عليهما، وانقضت عدتهما، فكان جميع الميراث للواحدة.

وإن صَحّ نكاح الواحدة مع الثلاث، فإن وقع الطلاقان على المدخولتين، فالتي وقع عليها الواحدة وغير المدخولة تَرِث مع الواحدة، فيكون للواحدة ثلث الميراث، ثمانية من أربعة وعشرين.

وكذا لو وقع الثلاث على غير المدخولة، كان للواحدة ثلث الميراث، وإن وقع الثلاث على إحدى المدخولتين، والطلاق[2] الواحدة على غير المدخولة، كان للواحدة نصف الميراث، إذ لايزاحمها إلاّ امرأة واحدة، فلها الثلث في حال، والنصف في حال، فيتنصف ما زاد على الثلث، فكان لها عشرة، ثم لها عشرة لو صَحّ نكاحها مع الثلاث.

ولو صَحّ نكاحها مع الثنتين، كان لها كل الميراث، فيتنصف ما زاد على العشرة إلى أربعة وعشرين، فيصير لها سبعة عشر، وللثلاث سبعة، لأنه لو صَحّ نكاحهنّ مع الواحدة، كان لهن أربعة عشر، وإن لم يَصحّ، لاشيء لهن، ونكاحهن يَصحّ في حال دون حال، فكان لهن سبعة.

وللواحدة مهر كامل، لأن نكاحها صحيح، ولم يوجد المسقط، وللثلاث مهر وثلاثة أثمان مهر، لأنه لو صَحّ نكاحهن، فإن وقع الطلاقان على المدخولتين، كان لهن

(١) وفي (ا) و(ب): "الطلاقان".

(٢) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

ثلاثة مهور، وإن وقع أحد الطلاقين على غير المدخولة منهن، كان لهن مهران ونصف، وكان لهن مهران وثلاثة أرباع [مهر][1] باعتبار ما قلنا[2].

هذا إذا صَحّ نكاحهن، وإن لم يَصحّ لاشيء لهن، فكان لهن مهر وثلاثة أثمان مهر، وللثنتين مهر واحد، لأنه لو صَحّ نكاحهما فلهما مهران، وإن لم يَصحّ لاشيء لهما، فإذا تردّد يقضى بمهر واحد.

ـ والله أعلم ـ

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) "باعتبار ما قلنا" ساقط من (ا) و (ب).

باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به

بنى الباب على أصول:

منها: أن مَن أنكر شرطَ وقوع الطلاق المعلّق أو العتق المعلق، قُبِل قولُه، لأنه متمسّك بالأصل، وهو العدم[1].

(١) يشير إلى قاعدة فقهية قرّرها الفقهاء في ضوء قاعدة كلية أخرى: «اليقين لايزول بالشك»، وذكرها السيوطي وابن نجيم في الأشباه بقوله: «الأصل العدم» ثم نبّه إلى أنه ليس المراد به العدم مطلقا، وإنما هو في الصفات العارضة، وأما في الصفات الأصلية فالأصل الوجود، حتى يقوم الدليل على خلافه، ومن هنا جاءت هذه القاعدة في المجلّة مادة: ٩ بعبارة: «الأصل في الصفات العارضة العدم» وقال الشيخ أحمد الزرقاء في شرحها: الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم على قسمين:

الأول: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئا وعارضا بمعني أن الشيء بطبيعته يكون خاليا عنها غالبا، وهذه تسمى "الصفات العارضة"، والأصل فيها العدم، ومثل هذه الصفات غيرُها من الأمور التي توجد بعد العدم كسائر العقود والأفعال، وهذا القسم وما ألحق به من العقود والأفعال هو موضوع هذه القاعدة.

الثاني: هو الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارنا لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالبا، وهذه تسمي "الصفات الأصلية"، والأصل فيها الوجود، كبكارة الجارية، وسلامة المبيع من العيوب، والصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي

ولو كان الطلاق مضافا إلى وقت، فأنكر وقوعَه بعد مجيئ وقته، لايقبل قوله ؛ لأن المضاف إلى وقت، ينزل عند الوقت ظاهرا، فإذا أنكر الوقوعَ، كان مكذبا من حيث الظاهر.

وهذا في الحقيقة بناءًا[1] على أن التعليق ليس بسبب عندنا، وإنما يصير سببا عند الشرط، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر السبب، أما الإضافة فهو[2] سبب في الحال[3]، فإذا أقرّ بالسبب، فقد أقرّ بالحكم.

وأصل آخر: أن المرأة إذا أخبرَت عن الحيض أو الطهر في وقته، قُبل قولُها، لأنها مَنهيّة عن الكتمان[4]، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، وفائدة الأمر القبولَ[5].

ثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها. راجع: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٦٩، ٧١، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٤٢، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢٣، «شرح القواعد الفقهية» ص٦٩.

(١) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل: "بَنى".

(٢) "فهو" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) أي: إن إضافة الطلاق إلى وقت سبب للحال، لكن تأخّر حكمه إلى أن يجيئ الوقت، فإذا جاء ذلك الوقت فقد وقع الطلاق ظاهرا نظرا إلى السبب، فإذا ادّعى بعد ذلك ما يبطل الطلاق الواقع أو ادّعى مانعا يمنع من الوقوع، لايقبل قوله للتعارض، أما الطلاق المعلق بصريح الشرط إنما يصير سببا عند الشرط، فإذا أنكر الشرط فقد أنكر وجود السبب. انظر «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٠. وانظر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٢٠٨.

(٤) قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى: "ولايحلّ لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن" أي من حبل أو حيض، قاله ابن عباس وابن عمر ومجاهد والشعبي والحكم بن عيينة والربيع بن أنس

وأصل آخر: أن من أخبَرَ عن شيئ يملك إنشائَه، لايكذّب فيه، لأنه إذا كان يملك الإنشاءَ، لايكون متّهما في الإخبار، ومتىٰ أخبر عن شيئ لايملك إنشائَه، جاز تكذيبه لمكان الفائدة والتهمة.

ولهذا قلنا: إن الوكيل بالبيع إذا أخبر عن البيع حالَ قيام الوكالة، قُبِل قوله، ولو أخبر بعد العزل، لايقبل قوله إذا كذّبه الموكّل.

وكذا الزوج إذا أخبر عن الرجعة، قُبِل قوله حالَ قيام العدّة، ولايقبل قوله بعد انقضاء العدة.

والضحاك وغير واحد، وقوله: "إن كُنّ يؤمنّ بالله واليوم الآخر" تهديدٌ لهنّ على خلاف الحق، ودلّ هذا على أن المرجع في هذا إليهن، لأنه أمر لايعلم إلا من جهتهن، ويتعذّر إقامة البينة غالبا على ذلك، فردّ الأمر إليهن، وتوعدهّن فيه لئلا يُخبرن بغير الحق، إما استعجالا منها لانقضاء العدة أو رغبة منها في تطويلها لما لها في ذلك من المقاصد، فأمرت أن تخبر بالحق في ذلك من غير زيادة ولا نقصان: «تفسير ابن كثير» ١/ ٢٣٥.

(٥) قال الإمام أبو بكر الجصاص: لما وعظها بترك الكتمان دلّ على أن القول قولها في وجود الحيض أو عدمه، وكذلك في الحبل، لأنهما مما خلق الله في رحمها، ولو لا أن قولها فيه مقبول لما وعظت بترك الكتمان، ولا كتمان لها، فثبت بذلك أن المرأة إذا قالت "أنا حائض" لم يحل لزوجها وَطؤها وأنها إذا قالت "قد طهرت" حل له وطؤها «أحكام القرآن» للجصاص، ١/ ٤٥٠

وقال ابن الهمام: إنها أمينة مأمورة بإظهار ما في رحمها، بقوله تعالى: "ولايحلّ لهن أن يكتمن ما خَلَقَ اللهُ في ارحامهنّ"، وتحريم كتمانها أمر بالإظهار، وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر، وهو فرع قبوله. «فتح القدير» ٣/ ١٣٦.

[الفصل الأول]

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته بعد الدخول، وهي من ذوات الحيض: "أنتِ طالق للسنّة"[1]، لايقع الطلاق إلاّ في طُهر خال عن الجماع وعن الطلاق، عقيبَ حيضٍ خالٍ عن الجماع والطلاق، لأن "الطلاق السّني" يُفسر بذلك[2].

قال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه: «مُر ابنَك، فليُراجعها، ثم ليدعها حتى تحيض و تطهر، ثم ليطلقها، إن شاء طاهرا من غير جماع، أو حاملا قد استَبان حَمْلُها»[3]

---

(١) قوله: "للسنّة" أي: لوقت السنة، كذا فسّره قاضي خان فيما يأتي: باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء، انظر ص ٤١٠. وألفاظ طلاق السنة كما روى بشر عن أبي يوسف: للسنة، وفي السنة، وطلاق سنة، والعدة، وطلاق عدة، وطلاق العدل، وطلاقا عدلا، وطلاق الدين، والإسلام، وأحسن الطلاق، وأجمله، أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب، كل هذه تحمل على أوقات السنة بلا نية، لأن كل ذلك لا يكون إلا في المأموربه. انظر «فتح القدير» ٣/ ٣٨.

(٢) راجع لتفصيل أحكام طلاق السنة وأنواعه: «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ٢٢، «النتف في الفتاوى» ١/ ٣١٨، «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٨.

(٣) حديث صحيح، أخرجه الأئمة الستة وغيرهم، ونص الحديث كما أورده أبوداود من طريق مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر: أنه طَلّق امرأتَه وهي حائضٌ على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمرُ بن الخطاب رسولَ الله ﷺ عن ذلك فقال رسول ﷺ: «مُرهُ فلير اجعها ثم ليُمسكها حتى تطهُرَ ثم تحيضُ ثم تطهُرُ ثم إن شاء أمسَكَ بعد ذلك، وإن شاء طلّق قبل أن يَمَسّ، فتلك العدّةُ التي أمر الله أن تُطلّق لها النساء»، أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في طلاق السنة، الحديث: ٢١٧٩، وأخرجه البخاري في الطلاق، باب قول الله تعالى: "ياأيها النبي إذا طلّقتم النساءَ فطلقوهن

والمعنى فيه: أن الطلاق محظور يباح لأجل الحاجة[1]، ودليل الحاجة الإقدام في[2] حال كمال الرغبة[3]، وهو الطهر الخالي عن الجماع والطلاق، عقيب حيض خالٍ عن

لعدّتهنّ وأحصوا العدّة" الحديث: ٥٢٥١ بنحوه، وأخرجه مسلم في الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، الحديث: ٣٦٣٧، وأخرجه النسائي في الطلاق، باب وقت الطلاق، الحديث: ٣٣٩٠.

وفي رواية: «مُره فليراجعها، ثم ليُطلّقها طاهرا أو حاملا»، أخرجه مسلم ٣٦٤٤، وأبوداود ٢١٨١، والترمذي ١١٧٦، والنسائي ٣٣٩٧، وابن ماجه ٢٠٢٣، والطحاوي ٣/ ٥٣.

وحديث تطليق ابن عمر امرأته وهي حائض، رواه البخاري برقم: ٥٣٣٢ و٤٩٠٨ و٥٢٥٨ و ٥٢٣٣ و ٥٢٥٢ و٧١٦٠، ومسلم من وجوه: ٣٦٣٧ - و ٣٦٥٧، وأبوداود: ٢١٧٩ - ٢١٨٥ والنسائي: ٣٣٨٩ - ٣٣٩٢ و٣٣٩٦ - ٣٤٠٠، وابن ماجة: ٢٠١٩ - ٢٠٢٢، والدارمي: ٢١٧٩ و٢١٨٠، ومالك: ٢/ ٥٧٦، وأحمد: ١٢٤٦٤، ١٣٠٨١، والطحاوي: ٣/ ٥٣، والدارقطني: ٤/ ٧، والبيهقي: ٧/ ٣٢٣، كلهم من عدّة طرق.

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أبغض الحلال إلى الله عز وجلّ الطلاق» أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في كراهية الطلاق، الحديث: ٢١٧٨، كما روى في نفس الباب عن محارب رضي الله عنه قال قال رسول ﷺ: «ما أحلّ الله شيئا أبغض إليه من الطلاق» الحديث: ٢١٧٧، وأخرجه ابن ماجة أيضا في الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، الحديث: ٢٠١٨.

(٢) "في" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) ذكر الإمام محمد رحمه الله في «زيادات الزيادات» بابا بعنوان: "باب طلاق السنة الذي بالوكالة والجعل وغيره"، قال السرخسي في تعليقه عليه: الطلاق مباح مبغض شرعا، وإباحة الإيقاع للحاجة إليه عند عدم موافقة الأخلاق، فكان مختصا بزمان توفّر الدواعي إليها، وذلك طهر لم يجامعها فيه، لأنه زمان رغبته فيه طبعا، وتمكّنه من غشيانها شرعا فلا يختار فراقها على صحبتها

الجماع والطلاق.

أما خُلوّ الطهر عن الجماع: لأن الجماع سبب لنقصان الرغبة، وخلوّه عن الطلاق، لأن الحاجة تندفع بالطلاق الأوّل، فلاتَتَجدّد الحاجة إلى الثاني إلاّ بتَجدّد الزمان، ولم يوجد.

وأما خلوّ الحيض عن الجماع: لأن الجماع في الحيض سبب لنقصان الرغبة في الطهر بعده، وخلوّه عن الطلاق، لأن الحاجة إنما تتجدّد بعد تَخلّل زمان كثير بين الأوّل والثاني، وليس بين الجزء الأوّل من الطهر، والجزء الآخر من الحيض زمانٌ كثير تَتجدّد فيه الحاجة.

فإن حاضت وطهُرت، فقال الزوج: "كنت جامعتُها في الحيض"، فأنكرت[1]، فالقول قولها، لأن الطلاق واقع ظاهراً لوجود وقته ظاهرا، فكان الزوج مدّعيا أمراً حادثا لايملك إنشاءه، وفيه إبطال الطلاق الواقع من حيث الظاهر، فلايصدّق.

كالمُولي إذا قال بعد انقضاء المدة: "كنت فئت[2] إليها في المدة"، لايقبل قوله، وإن كان ذلك قبل انقضاء مدة الإيلاء[3]، قُبِل قوله[4]، كذلك هنا.

في هذا الزمان إلا لعدم موافقة الأخلاق. «النكت» ص ٣، للإمام السرخسي، وهو شرح زيادات الزيادات، حقّقه الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني، طبع إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباد، الهند. وانظر «المبسوط» ٦/٧.

(١) في النسخ الأخرى: "وانكرت".

(٢) من الفيىء، وهو الرجوع، فاء الرجلُ، يفيىء فيئا، رجَعَ، يقال: فاء الظل، رجع من جانب المغرب إلى جانب المشرق، وفاء المولي فَيئة، رجع عن يمينه إلى زوجته، ومنه قوله تعالى في آية الإيلاء: "فإن فاؤوا فإن اللهَ غفور رحيم" (البقرة: ٢٢٦) «المصباح المنير» مادة: فاء، ص٤٨٦.

(٣) الإيلاء: مصدر آلى يولي إيلاءً، فهو مؤل، في اللغة اليمين مطلقا، وائتلى يأتل كذلك، ومنه

وكذا لو ادّعى أنه طلّقها في حيضها، إن قال ذلك وهي حائض، كان القول[1] قوله، حتى لايقع الطلاق المعلّق إذا طهرت، وإن قال ذلك بعد ما طهُرت، لايقبل قوله، ويقع عليها طلاقان، تطليقة بإقراره، والأخرى لوجود وقت السنة من حيث الظاهر.

كمن قال: "زينب طالق"، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: "لي امرأة أخرى بهذا الإسم، وعنيت تلك المرأة"، طلّقتا جميعاً: المعروفة بحكم الظاهر، وغير المعروفة

قوله سبحانه تعالى: "ولا يأتَلِ أولوا الفضل منكم" (النور: ٢٢).

أما شرعا: فعرّفه الجرجاني بقوله: هو اليمين على ترك وَطء المنكوحة مدةً، مثل: "والله لاأجامعك أربعة أشهر"، وعرّفه ابن الهمام بأنه: "اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى أو بتعليق ما يستشقّه على القربان"، لكن أشمل تعريف له هو ما عرّف به قاضي خان في فتاواه: الإيلاء: "منع النفس عن قِربان المنكوحة منعا مؤكدا باليمين بالله تعالى أو غيره من طلاق أو عتاق أو صوم أو حج ونحو ذلك، مطلقا أو مؤقتا بأربعة أشهر من الحرائر، وشهرين في الإماء من غير أن يتخلّلها وقت يمكنه قربانها فيه من غير حنث". انظر: «المصباح المنير» ص٢٠، «التعريفات» ص ٥٩، «طلبة الطلبة» ص ١٢٩، «أنيس الفقهاء» ص ١٦١، «فتح القدير» ٣/ ١٨٢، «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥٤٤.

(٤) وإن ادّعى أنه قد جامعها فإن ادعى في الأربعة الأشهر، فالقول قوله، وإن ادعى ذلك بعد مضي المدة، لم يقبل قوله بناءً على الاصل المعروف: أنه متى أقرّ بما يملك إنشاءه لا يكون متّهما. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١، و «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، وهو اختصار كتاب «اختلاف العلماء» للإمام لطحاوي، تحقيق دكتور عبد الله نذير احمد ٢/ ٤٨٣، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

(١) في النسخ الأخرى: "قبل".

بإقراره[١].

وإن صدّقته المرأة أنه كان[٢] وطئها في الحيض، قُبِل قولهما، لأن الحق لهما، فيصح تصادقهما، وإن كان فيه حق الشرع أيضا إلاّ أنها غير متّهمة، لأنها لو أنكرت الحيضَ أو الطهرَ كان القول قولها، فلم تكن متّهمة[٣].

ولو قال لامرأته: "إن لم أجامعك في حيضك، فأنت طالق"، فقال بعد ما حاضت وطهرت: "قد جامعتها في الحيض"، وأنكرت، كان القول قوله، لأنه تعليقٌ، والمعلّق بالشرط ليس بإيقاع، وسببٌ قبل الشرط، فإذا أنكر الشرطَ، فقد أنكر الإيقاع.

بخلاف الفصل الأوّل، لأنه إضافة، والمضاف سبب، وإنما الإضافة لتأخير الوقوع، فإذا وجد الوقت ظاهراً، ثبت الوقوع، فكان الزوج مدّعيا إبطال طلاقٍ واقعٍ، فلايصدّق.

ونظير هذا ما لو قال لامرأته: "إن لم أجامعك أربعة أشهر فأنت طالق"، فقال بعد ما مضتْ أربعة أشهر: "قد كنتُ جامعتها في الأربعة الأشهر"، يقبل قوله.

ولو قال لامرأته: "والله لاأقرّبكِ أربعة أشهر"، كان مُوليا، فإن قال بعد مضيّ

---

(١) انظر «المبسوط» ٦/ ١٢١، ومثله لو قال: يا زينب! فأجابته عمرة، فقال: "أنت طالق ثلاثا" طلقت التي أجابته لأنه اتبع ألا يقاع الجواب، فيصير مخاطبا للمجيبة، وإن قال: "أردت زينب" قلنا تطلق زينب بقصده، ولكنه لا يصدّق في صرف الكلام عن ظاهره، فتطلق عمرة أيضا بالظاهر. «المبسوط» ٦/ ١٢١.

(٢) "كان" ساقط من: (ا) و (ب).

(٣) غير أنه لا يسعها أن تقيم معه إذا كانت تعلم كذبه، لأن القاضي لو علم بذلك فرّق بينهما، فإذا علمت هي، عليها أن تمنع نفسها منه بأن تهرب أو تفتدي بمالها، إلا أن يتزوجها نكاحا جديدا. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١.

أربعة أشهر: "قد كنت جامعتها قبل مضيّ مدة الإيلاء"، لا[١] يقبل قوله[٢].

والفرق ما قلنا: إنّ في الفصل الأوّل صرّح بالتعليق، فإذا أنكر الشرطَ، كان القول قوله. أما الإيلاء ليس بتعليق نصا، ولهذا لو حلف: لايحلف بالطلاق، فآلي من امرأته، لايحنث، فإذا لم يكن تعليقا، فإذا أخبر عمّا لايملك إنشاءه، وفيه إبطال الطلاق الواقع من حيث الظاهر، لايقبل قوله.

ولو قال لامرأته: "إن لم أقربّك أربعة أشهر فأنت طالق"، وقال لها: "والله لاأقربك أربعة أشهر"، ثم قال بعد المدة: "جامعتها في الأربعة الأشهر"، يصدّق في الطلاق المعلّق، ولايصدّق في الإيلاء، وهذا مذهب أصحابنا رحمهم الله.

وعلى قول زفر رحمه الله في التعليق أيضا القول قول المرأة، لأنها متمسّكة بالأصل، وهو عدم القِربان[٣].

وإنا نقول: التمسّك بالظاهر يصلح للدفع، لا للإيجاب[٤]، أصله إذا قال لعبده:

---

(١) في (ا) و (ب): "لم يقبل".

(٢) انظر «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤٨٣. لكن لو أقام شاهدين على مقالته في الأربعة الأشهر أنه قد جامعها فهي امرأته لأن الثابت من إقراره با لبينة كالثابت بالمعاينَة، وقال السرخسي: هي من أعجب المسائل أن لا يقبل إقراره بعد مضي المدة، ثم يتمكّن من إثباته بالبينة، وكذلك إن صدقته المرأة فالحق لهما لا يَعدوهما غير أنه لا يسعها ان تقيم معه إذا كانت تعلم كذبه. انظر «المبسوط» ٧/ ٣١.

(٣) راجع «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤٨٣.

(٤) إشارة إلى قاعدة: "الظاهر يصلح حجّة للدفع دون الاستحقاق"، وقد سبق بيانها فليرجع ص ١٦٤. وانظر «شرح الأشباه والنظائر» للحموي ١/ ٢٤٢.

"إن لم تدخل الدارَ اليوم فأنت حر"، فمضى اليوم، فقال العبد: "ما دخلت"، وقال المولى: "قد دخلت"، عندنا القول قول المولى، وعنده القول قول العبد.

وذكر في «الأمالي»: إذا آلى من امرأته قبل الدخول، ثم قال في الأربعة الأشهر: "قد جامعتها"، قُبل قوله، لما قلنا: إنه أخبر عمّا يملك إنشاءه، فإن طلّقها بعد ذلك، وأنكر الدخول بها فرارا عن كمال المهر ونفقة العدّة، لايقبل قوله، لأن القاضي صدّقه في دعوى الفيء، حيث أبطل الإيلاء، فلايُقبل قوله الثاني.

وحكى هشام[1] عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل قال لامرأته المدخولة: "أنت طالق للسنّة"، فقالت المرأة حين تكلّمه بهذا الكلام: "كنت طاهرة لم تقرّبني فيه"، وقال الزوج: "بل قَرّبتك في هذا الطهر قَبل هذه المقالة"، كان القول قوله، لأن المرأة تدّعي أن كلامه وقع منجزاً، وهو منكر التنجيز.

ولو حاضت وطهرت، ثم ادّعى الزوج قربانها في الحيض، لايقبل قوله، لأن الطلاق وقع بحكم الظاهر، فلايصدّق في إبطاله.

الفصل الثاني:

رجل قال لامرأته: "إذا حِضتِ فعبدي حر"، فقالت: "حضت"[2]، وكذّبها الزوج، فالقول قوله.

فرّق بين هذا وبينما إذا علّق طلاقها بحيضها، وقالت: "قد حضتُ"[3]، وكذّبها

---

(١) هو هشام بن عبيد الله الرازي، تلميذ أبي يوسف ومحمد، سبق ترجمته في ص ٢٧٦.

(٢) في النسخ الأخرى: "وقالت".

(٣) في (ا) و (ب): "قدحضت".

الزوج، كان القول قولها.

والفرق أنها جُعلت أمينة في الإخبار عما في رحمها، لمكان الحاجة في حق حكم يرجع إليهما من حلِّ القربان وغير ذلك، وطلاقها حكم يقتصر عليهما، فجعلت أمينة في ذلك.

أما عتق العبد، وطلاق امرأة أخرى[1] لايقتصر عليهما، فبقيت شاهدة، وشهادة الفرد لاتُقبل إذا كان ذكرا، فالمرأة أولى[2].

فإن قالت: "رأيت الدمَ الساعة"، وصدّقها الزوج، ورفع العبد الأمرَ إلى القاضي، فإنه يوقف[العبد][3]، ويمنع المولى من استخدامه، ومن الوطء إن كانت جارية، ولايقضى بالعتق حتى يستمرّ الدم ثلاثة أيام، لأن الدم المرئيّ في وقته إن استمرّ يكون حيضا، والظاهر هو الاستمرار، إلاّ أن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، فصلح حجّةً لدفع العبد الاستخدام عن نفسه، ولايصلح للعتق.

ولايقال: العتق تعلّق بالحيض، والدم المرئيّ له حكم الحيض في حق ترك الصلاة،

---

(١) حيث قال: "إذا حضتِ فامرأتي فلانة طالق".

(٢) وذكر الجصاص في تفسيره وجها آخر: لو قال لها: "عبدي حر إن حضت"، فقالت: "قد حضت"؛ لم تصدق، لأن ذلك حكم في غيرها ـ أعني عتق العبد ـ والله تعالى إنما جعل قولها كالبينة في الحيض فيما يخصّها من انقضاء عدتها، ومن إباحة وطئها أو حظره، فأما فيما لا يخصّها، ولا يتعلق بها، فهو كغيره من الشروط، فلا تصدق عليه. «أحكام القرآن» للجصاص ١/ ٤٥٠.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (إ) و (ب).

وحرمة القربان، [وقراءة القرآن][1]، فوجب أن يترك به العتق.

لأنّا نقول: الدم المرئيّ محتمل، فينظر إلى ما تعلّق به، إن كان حكما يحتمل التدارك، لو ظَهَر أمر بخلاف الظاهر، يجعل حيضا في حقه، وترك الصلاة والصوم مما يحتمل التدارك بالقضاء، فيجعل الدم المرئي حيضا في حق الصوم والصلاة.

أما العتق بعد وقوعه، بالقضاء[2] لايحتمل التدارك، ويحتمل التوقّف، فلا يجعل حيضا في حق العبد.

فإن انقطع الدم فيما دون الثلاث، بقي رقيقاً، لأنه ظهر أنه لم يكن حيضا، وإن استمر ثلاثاً، عتق من حين رأت، لأنه ظهر أنه كان حيضا، حتى لو كان العبد جَنَى جناية، أو جنى عليه في مدة التوقف، تَرَتّب عليه حكم جناية الأحرار.

فرّق أبو حنيفة بين هذا وبين ما إذا قال[3] لعبده: "أنت حر قبل موت فلان بشهر"، فجنى على العبد جناية، ثم مات فلان لتمام الشهر، كان عليه حكم جناية العبيد.

والفرق أن ثَمّة عند أبي حنيفة[4] يَثبت العتق مستندا إلى أوّل الشهر[5]، والعتق[6] المستند يثبت في المتّصل دون المنفصل، أما هنا يقع بطريق الظهور، فيظهر في المتصل

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، ومثبت من (ا) و (ب) وثبوته أولى.

(٢) "بالقضاء" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ا) و (ب): "بين قوله لعبد".

(٤) "عند أبي حنيفة" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "إلى اوّل الشهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) "العتق" ساقط من النسخ الأخرى.

والمنفصل جميعا.

فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: "قد انقطع دمك"، وصدّقته المرأة، وأنكر العبد، كان القول قولها، ولايلتفت إلى قول العبد، لأن رؤيَة الدم إذا ثبت، كان القول في الدّوام والانقطاع قول المرأة، لاختصاصها بالوقوف على ذلك، وإن كان الأصل في الدم المرئي في وقته الدوام، إلاّ أنّ الظاهر لايصلح للاستحقاق، فلايلتفت إلى قول العبد[1]، وكذا لو كذّبته في الانقطاع، كان القول قولها لما قلنا.

فرّق بين هذا وبين ما لو قالت: "حضت"، وأنكر الزوج، كان القول قوله، والفرق أنها جعلت[2] أمينة في الإخبار عمّا في رحمها بطريق الضرورة، فيظهر ذلك فيما كان من لوازم الحيض لا غير، والعتق ليس من لوازم الحيض[3].

وفي الفصل الأوّل العتق تعلّق بالحيض نصّاً، فلو قَبلنا قولَها في ذلك لَقَبلنا قولَها فيما ليس من لوازم الحيض، وجعلنا كلام الزوج إيجابا بقول المرأة، لأن المعلّق بالشرط، يصير إيجابا عند الشرط، فلايُقبل قولها.

أما هنا لو قَبلنا قولَها في الدوام، والعتق لم يتعلق بالدوام، لايثبت بقولها حكم ليس من لوازم الحيض، فقَبلنا قولها.

ولو قال الزوج بعد لأيام الثلاثة[4]: "قد انقطع دمك في الأيام الثلاثة"، وصدّقته

(١) "فلا يلتفت إلى قول العبد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "جعلت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) كذا في «أحكام القرآن» للجصاص ١/ ٤٥٠.

(٤) وفي بقيّة النسخ: "الثلاث".

المرأة، وانكر[1] العبد، فالقول قول العبد، لأنها لم تجعل أمينة في الإسناد، بل هي متّهمة في الإسناد، فلايقبل قولها.

وإذا لم يقبل في إسناد الانقطاع قولها، لم يثبت الإسناد، فيثبت الانقطاع في الحال، ويعتق من حين رأت الدم، لأن تمام الثلاث ليس بشرط، بل هو مُظهر للشرط، فيظهر العتق من ذلك الوقت، بمنزلة ما لو قال لعبده: "إن كان زيد في الدار فعبدي حر"، فظهر في آخر النهار أن زيدا كان في الدار، يقع العتق من وقت التكلّم، كذلك هنا[2].

وكذا لو علّق بحيضها طلاق امرأة أخرى، فقال: "إذا حضت فهذه المرأة طالق"، فقالت: "قد حضتُ أو رأيت الدم"، وأنكر الزوج، لم تصدّق في وقوع الطلاق على الأخرى، لما قلنا.

وإن صدّقها الزوج في رؤية الدم[3]، منع الزوج من قربانها.

فان تمّ الدم ثلاثة أيام، بانت، وإن انقطع، لم تَبن.

فإن تزوجت غيره في الأيام الثلاثة، منع الزوج عنها أيضا حتى يظهر الأمر، فإن تمّ الدم ثلاثة أيام، صَحّ النكاح، وإن لم يتمّ بطل النكاح[4].

فإن قال الزوج في الأيام الثلاثة: "قد انقطع الدم"، لم يُقبل قوله، إلاّ أن تُصدّقه المرأة التي رأت الدم، فيقبل قولها في الثلاث، ولايقبل قولها بعده، ولايبطل نكاح الثاني.

---

(١) وفي (ا) و (ب): "كذبه".

(٢) "كذلك هنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "في روية الدم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "النكاح" ساقط من النسخ الأخرى.

رجل قال لامرأته وهي حائض: "إذا طهرت فعبدي حر"، فقالت بعد أيام: "طهرتُ واغتسلت"، لم يقبل قولها إذا كذّبها الزوج، لأنه أنكر شرط العتق، وإن صدّقها الزوج أو تمّت عشرة أيام وقع العتق[1].

أما إذا تمّت عشرة أيام، فلأنّا تيقنّا بالطهر، لأن الحيض لايزيد على العشرة، وأما إذا صدّقها، فلأنه أقرّ على نفسه بشرط العتق.

فرق بين هذا وبينما إذا علّق العتق بالحيض، فأقرّت برؤية الدم، وصدّقها الزوج، فإنه قال: يوقف الأمر، ولايقضي بالعتق، لأن احتمال الانقطاع ثابت، وكما أن الدم يحتمل الانقطاع، فمُعَاوَدَة الدم في العشرة محتمل أيضا، فينبغى ان يوقف الأمر[2].

والفرق بينهما[3] أن الطهر أصل[4]، فإذا أخبَرَت به، فقد أخبرت بما هو الأصل، مؤكدا بدليل شرعيّ، وهو الاغتسال، فوجب القضاء، فأما الحيض أمر عارض[5] لايتأكّد، ما لم يستمر ثلاثة أيام، فوجب التوقّف قبل التأكيد.

فإن قالت المرأة بعد ذلك في العشرة الأيام: "قد عاوَدني الدم"، وصدّقها الزوج، وكذّبها العبد، لايُقبل قولها، لأنا حكَمنا بالعتق حين أخبرت بالطهر، فلا يُقبل قولها في

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "عتق".

(٢) فينبغى ان يوقف الأمر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) لأن الطهر عبارة عن انقطاع الدم، وهو الأصل، وقد وجد حقيقة، وتأكد بالمؤكد، وهو الغسل، فيعتق في الحال، أما الحيض عبارة عن دم الرحم الممتدّ ثلاثة أيام، وإنه عارض، فما لم يمتدّ لايكون حيضا. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣١.

(٥) أمر" ساقط من النسخ الأخرى.

إبطاله[1].

الفصل الثالث:

امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام، فقال الزوج: "إن حضت هذه المرّة ستة أيام، فعبدي حر"، فقالت المرأة[2]: "رأيتُ الدم ستة أيام"، لايُقبل قولها إذا كذّبها الزوج لما قلنا.

فرق بين هذا وبينما تقدّم، إذا قال لها: "إذا حضت فعبدي حر"، فقالت: "رأيت الدم" وصدّقها الزوج، ثم ادّعى الانقطاع قبل الثلاثة، وأنكرت المرأة، كان القول قولها.

والفرق أن ثَمّة العتق لم يتعلق برؤية الدم في اليوم الثالث، فإنكاره ذلك لايكون إنكارا لشرط العتق، فكان القول فيه[3] قول المرأة، لأنها تُخبِر عن علم.

أما هنا: العتق تعلّق برؤية الدم في اليوم السادس، فكان إنكار الزوج رؤية الدم في اليوم السادس إنكارا لشرط العتق[4]، فكان القول فيه قوله.

وإن قالت: "رأيت الدم ستة أيام، وأنا أرى الدم بعد"، وصدّقها الزوج، لايعتق العبدُ، بل يتوقّف، لأنهما تصادقا على رؤية الدم في اليوم السادس، إلاّ أن الدم في اليوم السادس محتمَل، يحتمل أن يكون حيضا إن لم يجاوِز العشرة، وإن جاوز العشرة يكون

(١) فالقول قول العبد، وعتق، لأنه زال ائتمانها، وسبب العتق ظاهر، فلايصدّقان في إبطاله. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣١.

(٢) "المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "فيه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "العتق" ساقط من النسخ الأخرى.

استحاضة.

فإن قال الزوج بعد ما مضت العشرة: "لم ينقطع الدم حتى الساعة"، وقالت: "قد انقطع دمي في العشرة"، كان القول قوله، لأن سَيلان الدم كان ثابتا، فلايثبت الانقطاع إلاّ بدليل، فإذا أخبَرت بعد العشرة، وهي متّهمة في الإسناد، لايقبل قولها في الإسناد، فبقي الانقطاع مقصورا على الحال.

وإن قالت في العشرة: "قد[1] انقطع دمي"، وكذّبها الزوج، كان القول قولها، وعتق العبد، لأن انقطاع الدم قبل العشرة ليس بشرط نصا، فكان القول قولها، لأنها أمينة، تخبر عن علم.

وإن قال العبد في العشرة: "انقطع دمكِ"، وأنكرت المرأة والزوج، فالقول في ذلك قول الزوج والمرأة، لأنها أمينة، وليس في قبول قولها إبطال حق العبد، لأن العتق لم يثبت، فيقبل قولها.

وإن قالت في العشرة: "انقطع دمي واغتسلت"، وكذّبها الزوج، وصدّقها العبد، ثم قالت بعد ذلك في العشرة: "قد عاوَدني الدم"، لايقبل قولها، لأن العتق ثبت بإقرارها أوّلا، فلايقبل قولها بعد ذلك في إبطال العتق.

ومن هذا الجنس: امرأة عادتها في الحيض خمسة أيام في كل شهر، فطلّقها الزوج ثلاثا في مرضه، فلما مضت خمسة أيّام من [الحيضة][2] الثالثة، مات الزوج، فقالت الورثة: قد انقطع دمكِ على رأس الخمسة قبل موت المورث، ولاميراث لكِ، وادّعت أنها

(١) "قد" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب)، وفي الأصل: "المرة الثالثة".

ترى الدم على حالها في اليوم السادس، كان القول قولها.

بخلاف ما تقدم إذا ادّعت رؤية الدم في اليوم السادس، وأنكر المولى لايقبل قولها، وهنا[1] يقبل قول المرأة.

والفرق أن سيلان الدم متى ثبت، فالأصل فيه الدوام[2]، ولهذا لو رأت زيادةً على عادتها، كان المختار لها ترك الصلاة والصوم، ففيما تقدّم المرأة في دعوى السيلان، تَتَمسّك بالظاهر لإثبات العتق، فلم يَصحّ.

أما هنا: المرأة تمسكت بالظاهر لدفع الحرمان، لأن الطلاق في مرض الموت في حكم الميراث بمنزلة العدم، إلاّ إذا انقضت العدّة فيعمل الطلاق، فكانت المرأة بهذا الظاهر دافعة للحرمان، فيقبل قولها.

كما لو تَصَادقوا على الطلاق، واختلفوا في الوقت، فقالت الورثة: كان الطلاق في الصحة، وقالت المرأة: كان في مرض الموت، كان القول فيه قول المرأة[3]، لما قلنا.

فإن صدّقها الورثة أنّها ترى الدم، فلم تقل المرأة شيئا حتى مضت العشرة، فقالت: "كنت طهرتُ في العشرة"، وقالت الورثة: "بل دام السيلان حتى جاوزت العشرة، ولاميراث لك"، كان القول قول الورثة، لأنها أخبَرت عمّا فُوّض إليها في غير وقته، فكانت متّهمة في الإسناد، فلايقبل قولها في الإسناد.

---

(١) "وهنا يقبل قول المرأة" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) أي: الأصل في الثابت هو الدوام ظاهرا، والمرأة تتمسّك بهذ الظاهر لدفع الحرمان، لأن حقها تعلّق بمال الزوج في مرضه، والظاهر يصلح حجة للدفع. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٢.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٥٨٦.

رجل قال لامرأته: "إذا حضت فعبدي حر"، فقالت: "حضتُ الساعة"، وصدّقها الزوج، فلما مضت ثلاثة أيام قالت: "كنت طهرت من الحيضة التي قَبْلها منذ عشرة أيام، وهذا الدم دم استحاضة"، فهذه المسألة على وجهين:

إما إن قالت: حضت، أو قالت: رأيت الدم، فإن قالت: حضت الساعة، ثم قالت بعد الأيام الثلاثة، أو في الأيام الثلاثة والدم سائل: "كنت طهرتُ من الحيضة الأولى منذ عشرة أيام"، لايقبل قولها، وعتق العبد، لأن الإقرار بالحيض إقرار بتقدّم طهر كامل، فإذا ادّعت الاستحاضة لفساد الأصل، لايقبل قولها، إما لمكان التناقض، أو لوقوع العتق بحكم الظاهر.

فرق بين هذا وبينما إذا قالت: حضت، ثم قالت في الأيام الثلاثة: "انقطع دمي"، قُبل قولها، وإن ادّعت شيئا، يبطل ما قالت أوّلا.

والفرق أن قول المرأة: "حضت الساعة" عبارة عن رؤية دم يكون حيضا، ولذلك شرطان: أحدهما: تقدّم الطهر الكامل، والثاني: الاستمرار، وإنما تقف على الشرط الأوّل وقت الإقرار بالحيض، لاعلى الشرط الثاني، فكانت متناقضة في إنكار الشرط الأوّل، لا تكون مناقضة[1] في إنكار الشرط الثاني وهو الاستمرار.

وإن قالت: "رأيت الدم"، وصدّقها الزوج، ثم قالت في الأيام الثلاثة أو بعدها: "طهرت من الحيضة الأولى منذ عشرة أيام"، قُبِل قولها، لأن الإقرار برؤية الدم، لايكون إقرارا بتقدّم طهر كامل، فإذا ادّعت الاستحاضة في ذلك لم تكن متناقضة، فإذا صدّقها الزوج، انتفي شرط العتق، فلايعتق.

قال: أرأيت لو قال: "إنّ امرأتي هذه ترى الدم منذ شهر يوما، ويوما لا، فهي

(١) "تكون مناقضة" ساقط من النسخ الأخرى.

مستحاضة، فإذا حاضت فعبدي حر"، ثم تصادقا بعد يوم أنها رأت الدم، وأنه لم ينقطع حتى مضت ثلاثة أيام، أكان يعتق العبد بهذا؟ لايعتق، والإقرار برؤية الدم في اليوم الثاني لايكون إقرارا بالحيض، ولايثبت التناقض بالشك، كذلك هنا.

قال:[١] ولو كان المولى هو الذي ادّعى أنها كانت طهُرت قبل هذا الدم عشرة أيام، وقالت المرأة: "طهرت منذ شهر"، كان القول قول المرأة، والعبد إذا صدّقها العبد، وعتق العبد[٢]، لأن الدم المرئي لايعرف كونه حيضا أو استحاضة إلاّ بقول المرأة، فلايقبل قول الزوج[٣] فيه، كما لو ادّعى الاستحاضة بانقطاع الدم في الأيام الثلاثة.

والمعنى ما قلنا: إنها تُخبر عن عِلم، والزوج يُخبر عن جَهل، فلايقبل قوله إلاّ إذا أنكر الشرط لفظا.

ثم ذكر مسائل الفرق بين التعليق والإضافة، وإنكار الشرط بعينه، منها:

رجل قال لامرأته: "إذا طلّقتك طلاق السنّة، فعبدي حر"، ثم قال لها: "أنت طالق للسنة"، فلما حاضت وطهرت، قال الزوج: "قد كنت جامعتها في الحيض"، أو "طلّقتها فيه"، وصدّقته المرأة، لايعتق العبد، ولايقع الطلاق المضاف.

وإن كذّبته [المرأة][٤]، عتق العبد، ووقع طلاق السنة، لأنها أمينة في الإخبار عن وقت طلاق السنة لمكان الحاجة، فيقبل قولها، ما لم يكن الزوج منكرا للشرط، وههنا ما

---

(١) قال ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) العبد ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي بقيّة النسخ: "فلا يقبل قوله".

(٤) زيادة من النسخ الأخرى.

أنكر الشرط، وإنما ادّعى أمرا عارضا، فلايصدّق، فيقع الطلاق.

وكذا لو آلى من امرأته، ثم قال: "إذا وقع عليك طلاق الإيلاء فعبدي حر"، ثم قال بعد انقضاء المدة: "قد كنت جامعتها في المدّة"، وكذّبته المرأة، بانت بالإيلاء، ويقع العتق.

وكذا لو قال لامرأته: "إذا طلّقتك فعبدي حر"، ثم قال لها: "أمرك بيدك"، فاختارت نفسَها في مجلسها، ثم قال الزوج: "قد كنت أخذت في عمل آخر قبل الاختيار"، وأنكرت المرأة، كان القول قولها، ويقع الطلاق والعتاق، لأنه ما أنكر الشرط، بل ادّعى إبطال التمليك، فلايقبل قوله، لما فيه من إبطال الطلاق والعتاق بعد وجوب سبب الوقوع.

ولو قال الزوج في مسألة الإيلاء: إن لم أقربْك في الأربعة الأشهر، فجاريتي حرّة، أو قال في مسألة الأمر: جاريتي حرّة إن كنت اخترتِ نفسك، إلاّ بعد الاشتغال بعمل آخر، كان القول قول الزوج[1] في عتق الجارية، لأنه منكر للشرط، فلاتعتق الجارية، ولايقبل قوله في حق[2] الطلاق، حتى يقع الطلاق بحكم التفويض.

وكذا رجل باع عبدَه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم قال المشتري: "إن تمّ هذا البيع بيني وبينك فعبدي حر"، فمضت مدة الخيار، ثم اختلفا، فقال البائع: "قد كنتُ نقضتُ البيع في المدة"، وكذّبه المشتري، كان القول قول المشتري، وتمّ البيع، وعتق العبد، لأنه وجد ما يتمّ به البيع، وهو مضيّ مدة الخيار[3]، والبائع يدّعي أمرا حادثا لايملك إنشاءه

(١) "الزوج" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "حق" ساقط من النسخ الأخرى

(٣) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى: "مضي المدة".

لإبطال ذلك البيع، فلا يصدق.

ولو قال البائع: "إن لم أنقض هذا البيع فعبدي حر"، ثم قال بعد مضيّ مدة الخيار(١): "قد كنت نقضت البيع في الأيام الثلاثة"، وأنكرَ المشتري، فالقول قول المشتري في عدم انتقاض البيع، ويكون القول قول البائع في إنكار شرط العتق، فلايعتق العبد(٢).

بيّن بهذه المسائل، أنه متى ادّعى زيادة أمرٍ لم يجعله شرطا، لا يُقبل قوله وإن كان الحكم يتغير بالزيادة، و[متى](٣) أنكر الشرط كان القول قوله في نفي الحكم المتعلق به.

ـ والله أعلم بالصواب ـ

---

(١) وفي النسخ الأخرى: "مضي المدة"، بسقوط "الخيار".

(٢) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) كذا في النسخ الأخرى، وهو الصواب، وفي الأصل: "من أنكر الشرط".

باب تزويج المرأة على المرأة أو قبلها أو بعدها أو معها

بنى الباب على أصول:

منها: أنّ الطلاق لايصح إلاّ في الملك، أو مضافا إلى سبب الملك(١).

والثاني: أنّ المعلّق بشرط موصوف لايوجد بدونه(٢).

(١) فصّل المرغيناني هذا بالتوجيه والتعليل فقال: لا تصح اضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يُضيفه إلى ملك، لأن الجزاء لابدّ أن يكون ظاهرا، ليكون مخيفا، فيتحقق معني اليمين، وهو القوة والظهور بأحد هذين. والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه، لانه ظاهر عند سببه.
وذكر الكاساني في شروط الطلاق أنه لايصحّ الطلاق إلا في الملك، أو في علقة من علائق الملك، وهي عدة الطلاق، أو مضافا إلى الملك.
قوله: "الإضافة إلى سبب الملك" يعني: التزوج، لأنه حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه، فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب. فتقدير قوله: "إن تزوجتك فأنت طالق" إن ملّكتك بالتزوج. يرجع للتفصيل: «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٣١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٦، «تحفة الفقهاء» ٢/ ١٩٦.

(٢) هذا مثل قاعدة: «المعلق بالشرط معدوم قبل الشرط»، ذكرها المفتي عميم الإحسان عن «شرح السير الكبير» انظر «مجموعة قواعد الفقه» ص١٢٦. وجاء في «المجلة»: "المعلق بالشرط يجب ثبوته، ويكون معدوما قبل ثبوت شرطه". المادة: ٨٢، لأنه لو ثبت الشئ قبل وجود الشرط، لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط، وذلك محال.
أما تعريف "المعلق": فهو اسم مفعول من التعليق، وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول

والثالث: أن كلمة "قَبل" للتقدم، و"قُبَيل" لتقريب التقدم، و"بعد" للتأخّر، و"مَع" للقران، و"على" قد يستعمل للحال[1].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال: "إن تزوّجتُ زينبَ بعد عَمْرَة فهما طالقان"، فتزوجهما كما قال، طلُقتا[2].

أما زينب فلأنه علّق طلاقها بنكاحها بعد عَمرة، وقد وجد، وأما عمرة فلانه علّق طلاقها بنكاحها ونكاحِ زينب بعدها، لأنه صرّح بتأخّر نكاح زينب، وتأخّر نكاحِ زينب لايتصوّر بدون نكاح عَمرة، فصار نكاح عمرة شرطا مذكورا ضرورة، وإذا صار مذكورا، صار كأنه قال: "إن تزوجت عَمرة ثم تزوجت زينب فهما طالقان"، فيقع الطلاق عليهما

وكذا لو قال: "إن تزوّجت زينب مع عَمرة"، فتزوجهما معا، طلّقتا[3]، لأن [كلمة][4] "مع" للقران، والقِران لايكون إلا بين الموجودين، فصار نكاح عمرة مذكورا ضرورة.

ولو قال: إن تزوّجت زينب قبل عَمرة، فهما طالقان، فتزوج زينبَ، طلّقت، ولايتوقف وقوع الطلاق على نكاح عَمرة[5]، لأن شرط طلاق زينب، تزوّج زينب بصفة

مضمون جملة أخرى، فإحداهما تسمّى "الشرط"، والثانية تسمى "الجزاء". راجع لتفصيل «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٧٢.

(١) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٢٥، ٢٢٦.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١١.

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

(٤) ما بين المعكوفتين: زيادة من (ا) و (ب).

(٥) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

القَبلية، وليس من ضرورة القبلية وجود ما بعده[1].

قال الله تعالى: ﴿فَتَحرِيرُ رَقَبَةٍ مِن قَبلِ أن يَتَمَاسّا﴾[2]. ثم لايتوقف جواز التكفير بالصوم[3] على وجود المَسيس بعده.

وقال الله تعالى: ﴿آمِنوا بما نَزَّلنا مُصدِّقًا لما مَعكم مِن قَبْلِ أن نَطمِسَ وُجُوها﴾[4] ولايتوقف صحة الإيمان على وجود الطّمس بعده..

ولهذا لو قال لامرأته: "أنتِ طالق قبل قدوم فلان"، يقع الطلاق للحال[5].

فإن تزوج عَمرة بعدها لم تطلّق[6]، لأنه لم يذكر نكاح عَمرة، لاصريحا ولاضرورة، فصار كما لو قال: "إن تزوجت زينب فهما طالقان"، فلايقع الطلاق على عَمرة.

ولو قال: "إن تزوجت زينب قبل عَمرة بشهر، فهما طالقان"، فتزوج زينبَ، لم تطلّق في الحال، لأن الشرط هو التقدّم بشهر، والتقدم بشهر لايُعرف إلاّ بوجود الآخر،

(١) صرّح به أبو البقاء الكفوي في كتابه الشهير بقوله: "القَبلية المطلقة لاتتوقف على وجود ما بعدها"، انظر «الكليات» ص ٧٣٦.

(٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

(٣) "بالصوم" ساقط من النسخ الأخرى

(٤) سورة النساء، الآية: ٤٧.

(٥) «المبسوط» ٦/ ١٢٠، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٥.

(٦) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

فإنه لو تزوج الأخرى بعد[1] عشرة أيام أو لأكثرَ من شهر، لايوجد تلك القَبلية، فيتوقّف على نكاح الأخرى.

كما لو قال لامرأته[2]: "أنت طالق إن دخلت الدار قبل قدوم فلان بشهر"، لايقع الطلاق[3] ما لم يقدم فلان بعد الدخول[4] من غير زيادة ولانقصان.

فإن تزوج عَمرة بعد زينب بشهر، طلّقت زينب لوجود الشرط، ولاتطلّق عَمرة، لأنه علّق طلاقها بنكاح زينب قبل عمرة بشهر، لابنكاح عمرة، إلاّ أن ما هو[5] الشرط لايعرف إلاّ بنكاح عمرة، فكان نكاح عَمرة معرفا، والحكم لايتأخّر عن المعرّف بل يقارنه، فيصير قائلا حال نكاح عمرة: "أنتما طالقان"، فيقع الطلاق[6] على زينب، ولايقع على عمرة.

كما لو قال لامرأته: "أنت طالق مع نكاحك"، فتزوجها، لايقع الطلاق بخلاف الفصل الأوّل، لأن القَبلية المطلَقة[7] لاتقتضي وجود ما بعده[8].

---

(١) "وفي (ا): "بعده بعشرة أيام".

(٢) "لامرأته" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) زاد في (ا) و (ب): "بشهر".

(٥) وفي (ا) و (ب): "إلا أن الشرط".

(٦) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٧) "المطلقة" ساقط من (ا) و (ب).

(٨) يقول أبو البقاء في «الكليات»: القَبلية المطلقة لاتتوقف على وجود ما بعدها، حتى لو قال: "أنت طالق قبل أن تدخلي الدار"، تنجز الطلاق، دليله قوله تعالى: "فتحرير رقبةٍ من قبلِ أن يتماسّا"

ولو قال: إن تزوجت زينبَ قُبَيل عَمرة فهما طالقان، لايقع الطلاق حتى يتزوج عمرة بعدها بلافصل[١]، لأن "قُبيل" يراد به القبلية القريبة، بخلاف "قَبل"، ولهذا يقال: "هذا اليوم قَبل يوم القيامة"، ولايقال: "قُبيل يوم القيامة"، فيقتضي وجود الثاني على وجود الأول متصلا به[٢]، حتى لو تزوج الأخرى بعد زمان لايقع الطلاق.

وإن تزوج الأخرى بعد الأولى متّصلا به، يقع الطلاق[٣] على الأولى، لوجود شرطه، ولايقع على الأخرى، لأنه علّق طلاقها بنكاح زينب بصفة مخصوصة[٤] لايعرف تلك الصفة إلاّ بنكاح عَمرة، فكان نكاح عمرة معرفا للشرط، فيصير قائلا حال نكاح عمرة: "أنتما طالقان"، فيقع الطلاق[٥] على زينب، لأنها في نكاحه، ولايقع على عمرة، لما قلنا.

ولو قال: "إن تزوجت زينب على عَمرة، فهما طالقان"، فتزوج عمرة ثم زينب، طلّقتا حين تزوج زينب[٦]، لأن "على" تُذكر للحال، ههنا[٧] قال عليه الصلاة والسلام:

فإنه لايتوقف وقوع التحرير تكفيرا على وجود المماسّة. «الكليات»، مادة: "قبل"، ص ٧٣٦.

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

(٢) قال أبو البقاء في بيان قوله: "أنت طالق قُبيل أن أقربك"، حيث يتعلّق الطلاق بالقربان، لأن "قُبيل" مصغّرا اسم لساعة لطيفة تتصل بالقربان، ولاتعرف إلا باتصاله بذلك الفعل. انظر «الكليات» ص ٧٣٦.

(٣) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) في (ا) و (ب): "معروفة" بدل "مخصوصة" وما ثبت هو الصحيح.

(٥) "الطلاق" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الكافي» ٣/ ٤١١.

«لاتنكح الأمَة على الحرّة»[1] يعني: لاتنكح الأمة[2] حال قيام نكاح الحرة.

ولو صرّح وقال: "إن تزوجت زينب وعمرة في نكاحي فهما طالقان"، فوجد الشرط، طلّقتا، لأنه يصير قائلاعند تزوّج زينب: "أنتما طالقان".

ـ والله أعلم ـ

(٧) "هيهنا" ساقط من النسخ الأخرى.

(١) أخرج الدارقطني في الطلاق من حديث مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة، قالت: قال رسول ﷺ: «طلاق العبد اثنتان، ولاتحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، وقرء الأمة حيضتان، ويتزوج الحرة على الأمة، ولايتزوج الأمة على الحرة»، وفي إسناده مظاهر بن أسلم، وهو ضعيف. «سنن الدارقطني» ٤/ ٣٩.

ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن مرسلا قال: «نهى رسول ﷺ أن ينكح الأمة على الحرة» كما أخرجه البيهقي عن الحسن مرسلا، ٧/ ١٧٥.

وأخرج عبد الرزاق عن جابر بن عبد الله موقوفا، يقول: «لاتنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة» أخرجه البيهقي أيضا عن جابر موقوفا، وصحّح إسناده. ٧/ ١٧٥. كما أخرجه ابن أبي شيبة عن عليّ وابن مسعود وسعيد بن المسيب نحوه. انظر: «نصب الراية» للزيلعي ٣/ ١٧٥.

(٢) زاد هنا في (ا): "على الحرة".

باب ما يطلق الرجل من نسائه بغير عينها، ثم بيّن في المرض ترث أو لاترث، وما يستدل عليه بوضع الحمل

بنى الباب على أصول:

منها: أن إيقاع الطلاق والعتاق يَصحّ مع الجَهالة[1]، ويرجع في البيان إليه، والبيان فيه[2] إنشاء من وجه، إظهار من وجه، على حسب ما يقتضيه الدليل[3].

والثاني: أن إيقاع الطلاق في مرَض الموت يلحق بالعدم في حكم الميراث[4]،

---

(١) قد سبق ما قرّره قاضي خان ضابطا في هذا: إن الطلاق والعتاق كما يصحّ في المعلوم يصح في المجهول. راجع ص ١/ ٢٩٤.

(٢) "فيه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) سبق شرح هذا مفصلا من الشارح في ص ١/ ٢٩٤.

(٤) قوله: "يلحق بالعدم في حكم الميراث" أحسن الشارح بتقييده في حق الميراث فقط، فإن طلاق "المريض" يوافق طلاق "الصحيح" في وقوع الطلاق على الزوجة، وبينونتها من الزوج من وقت صدور لفظ الطلاق البائن، ويخالف طلاق "الصحيح" في أن زوجته ترثه، بخلاف "الصحيح" لو أبان زوجته، ثم مات في عدتها، لم ترثه.

فوقوع الطلاق من المريض لأنه صدر من أهله، ولقي محلا قابلا لإيقاعه، إذ لايشترط في وقوع الطلاق صحة الزوج، بل الصحيح والمريض في ذلك سواء، أما كونها ترث منه رغم أنه قد أبانها، فلأنه لما طلقها في مرضه الذي يغلب فيه هلاكه، اعتبر فارّاً من أن ترثه الميراث الذي فرضه الله لها

وتعيين المبهَم فيه بمنزلة الإنشاء.

والثالث: أنّ الوطء في الطلاق المبهم بيان[1] عند الكل، وفي العتاق المبهم ليس ببيان في قول أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه، و الإعلاق[2] بيان عند الكل.[3]

والرابع: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأكثره ستتان عندنا[4].

إذا عرفنا هذا [5] قال محمد رحمه الله: رجل قال في صحّته لإمرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ثم قال في مرض موته، لواحدة بعينها: إيّاها عَنَيت، أو قال: لم أعْنِ واحدة منهما، ولكن أوقِع الطلاقَ على هذه، ثم مات قبل انقضاء عدة

من التركة، فعومل بنقيض قصده السيء بإثبات حقها في الإرث. يقول السرخسي بعد أن دعم المسألة بعدة آثار من الصحابة، رضوان الله عليهم: إنه قصد إبطال حقها عن الميراث بقوله، فيردّ عليه قصده، كما لو وهب جميع ماله من إنسان، لأن بمرض الموت تعلق حق الورثة بماله. راجع: «المبسوط» ٦/ ١٥٥. «فتح القدير» ٣/ ١٥٠، «الفتاوى الهندية» ١/ ٣٥٢.

(١) أي: بيان للطلاق في الأخرى. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٢.

(٢) علِقت المرأة بالولد، عَلَقاً، حَبِلت، والمصدر: العلوق. «القاموس المحيط» ص١١٧٥، «المصباح المنير» ص٤٢٥.

(٣) كذا في الأصل، لكن وردت هذه الفقرة في النسخ الأخرى بأسلوب مختلف، ففيها: "إن الوطء في العتق المبهم ليس ببيان عند أبي حنيفة، خلافا لصاحبيه، و الإعلاق بيان عند الكل، وفي الطلاق المبهم بيان عند الكل".

(٤) يرجع للتفصيل إلى: «الهداية» و «فتح القدير» ٣/ ٣٠٨، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٧٧.

(٥) زاد في الأصل هنا "هذه الجملة"، دون النسخ الأخرى، وبما أنه خلاف النهج المألوف فلم نثبته.

المطلقة، كان نصف الميراث للمطلقة، والنصف للأخرى، لأنه بيّن الطلاق فيها بعد ما تعلّق حقها بماله[١].

ألاترى أنه لو لم يبيّن كان الميراث بينهما، فكان البيان إبطالا لحقها بعد ما تعلّق حقها بماله، فيجعل قاصدا إبطال حقها بالتعيين، فيردّ عليه قصده كما لو أنشأ[٢].

فرّق بين هذا وبينما لو قال لعبدين له في صحته: أحدكما حر. وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر مائة. ثم مرض مرض الموت، فبيّن العتق في الذي قيمته ألف، فإنه يعتق من جميع المال، ولايجعل البيان بمنزلة الإنشاء.

والفرق: أنّ الطلاق المبهَم واقع في حق الموقِع، لأنه لاجهالة في حقه، إنما الجهالة في المحل، وإنما لايصحّ بيانه في الطلاق المبهم[٣]، صيانةً لحق المرأة في الميراث.

وهنا ليس في إبطال البيان صيانة حق الورثة فيما زاد على الثلث، فإنه لو لم يبيّن حتى مات، يعتق من كل واحد منهما نصفه، وقيمة ذلك خمس مائه[٤] وخمسون، وهو أكثر من الثلث.

ولأن البيان في كثير القيمة إنما لايصح في المرض لتعلق حق الورثة، وكل واحد من العبدين متردّد بين أن يعتق وبين أن لايعتق، فكان بمنزلة المكاتب، فلا يتعلق به حق الورثة.

---

(١) سقطت العبارة من بداية الفقرة إلى هنا من النسخ الأخرى.

(٢) ذكره ابن الهمام وقال: لأنه بيّن الطلاق فيها بعد تعلقها بماله، فيردّ عليه قصده، كما لو أنشأ، فجعل إنشاءً في حق الإرث للتهمة. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) "المبهم" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) "خمس مائه" ساقط من النسخ الأخرى.

فإن كانت له امرأة أخرى سواهما. كان لها النصف، والنصف بين هاتين، لأن الطلاق واقع على إحداهما قطعا، فلايزاحم الثالثة إلاّ واحدة، فكان لها النصف، والنصف الآخر بينهما لاستواءهما في الاستحقاق[١].

ولو لم يُبيّن الطلاق حتى ماتت إحداهما وهو مريض، وقع الطلاق على الأخرى، ولاترث[٢].

أما وقوع الطلاق: لأن الطلاق كان بينهما، فإذا زالت مزاحمة[٣] إحداهما تعيّنت الأخرى.

وأما حِرمان الميراث، لأنها تعيّنت للطلاق بسبب لاتهمة فيه[٤]، كما لو علّق الطلاق في صحته بمجيئ رأس الشهر، فجاء رأس الشهر وهو مريض، يقع الطلاق، ولاترث، كذلك هنا.

أما في الفصل الأوّل تعينت للطلاق بفعله، فكان[٥] لها الميراث، كما لو علّق الطلاق في صحته بفعل نفسه، ثم باشَرَ الشرط في المرض[٦].

---

(١) انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) "مزاحمة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) علّله ابن الهمام بأنه بيان حكمي، فانتفت التهمة عنه. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) وفي (ا) و (ب): "فصار كما لو علق الطلاق".

(٦) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

ولو بيّن الطلاق في إحداهما في مرضه، ثم ماتت إحداهما، ثم مات الزوج قبل انقضاء عدة المطلقة، فإن ماتَت التي عيّنها للطلاق، كان جميع الميراث للباقية، لأن التعيين دون الإنشاء[1].

ولو أنشأ الطلاق في المرض، ثم ماتت المطلقة، كان جميع الميراث للأخرى، لانتفاء التهمة والمزاحم[2]، كذلك هنا.

فإن قيل: وجب أن لاترِث الباقية، لأنه حين بيّن في المرض، لم يَصحّ بيانه، والتَحَق بالعدم، ولو لم يبيّن حتى ماتت إحداهما، لاترث الأخرى.

قلنا: إنما لايصح بيانه في حق الميراث، صيانةً لحقها، إذا أمكن إبقاء حقها في الميراث، وبعد ما ماتت تعذّر إبقاء حقها في الميراث، فيصح البيان من كل وجه، كما لو أوقع الطلاق في المرض، ومات الزوج بعد انقضاء عدة المطلقة.

هذا إذا ماتت المعيّنة، وإن ماتت الأخرى، كان للمطلقة نصف ميراث النساء، ويُردّ النصف على الورثة، لأنا إنما أبطلنا البيان صيانةً لحقها الثابت من حيث الظاهر، وحقها الثابت من حيث الظاهر وقتَ البيان كان في النصف، فلايزاد عليه[3].

فإن قيل: وجب أن لاترِث الباقية، لأن البيان إذا لم يَصحّ في حق الميراث، التحق

(١) فلا ترث منه إذا ماتت التي بيّن طلاقها قبل موته، وصحّ البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) قال ابن الهمام: وهذا لأنه منكوحة من وجه دون وجه، فلا تستحق إلا النصف. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

بالعدم، ولو انعدم البيان[١] حتى ماتت إحداهما، لاترث الباقية، فإذا ماتت الأخرى، وبقيت المعينة، أولى أن لاترث.

قلنا: البيان صَحّ في حق إزالة النكاح، ووقع الطلاق عليها على وجه لايعمل في إبطال حقها في الميراث، فلايتعيّن، بخلاف ما إذا لم يبين حتى ماتت إحداهما، لأن ثَمّة وقع الطلاق على الباقية طلاقا يُزيل مِلك النكاح من كل وجه.

هذا كالمريض إذا طلّق امرأته ثلاثا، ثم طاوَعت أمر زوجها، ثم مات الزوج قبل انقضاء العدة، ترث، ولايبطل حقها في الميراث. ولو وجدت المطاوعة قبل الطلاق، يبطل حقها في الميراث.

فإن كانت له امرأة أخرى، كان للمعينة ربع الميراث، وثلاثة الأرباع للأخرى، لما قلنا إنّا أبطلنا البيان صيانةً لحقها الثابت[٢] وقت البيان، ووقت البيان كان حقّها في الربع، فكان للمعينة ربع الميراث، وثلاثة الأرباع للأخرى[٣].

وإن ماتت المعينة، وبقيت صاحبتها، كان الميراث بين صاحبتها المعينة[٤] وبين التي لم تدخل في الطلاق المبهم[٥] نصفين[٦].

---

(١) "البيان" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "الثابت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) «فتح القدير» ٣/١٥٩.

(٤) "المعينة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) «فتح القدير» ٣/١٥٩.

رجل قال لامرأتين له، وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثا، ولم يبيّن حتى جاءت إحداهما بولدٍ لأكثرَ من ستة أشهر، ولأقلّ من سنتين من وقت الطلاق. فالطلاق على حاله، يوقعه علَى أيّتهما شاء، لأن الولد يحتمل أن يكون من عُلوقٍ قبل الطلاق، فلايكون بيانا بالشك[1]، كالمطلقة الرجعية إذا ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق، لايكون رجعة.

فإن قيل: العُلوق حادث، فيُضاف إلى أقرب الأوقات[2] إذا كان الوطء مباحا، وأقرب الأوقات ما بعد الطلاق، فوَجب أن يكون بَياناً، ويثبت به الرجعة.

كمسلم تحته كتابية، فأسلَمت، ثم جاءت بولد[3] لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين من [وقت][4] الإسلام، فنَفَاه، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع [نسب][5] الولد،

---

(١) إذ لايقع الطلاق بالشك، ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) إشارة إلى قاعدة معروفة وردت في المجلة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» مادة: ١١، وقد ترددت هذه القاعدة على ألسنة الفقهاء في بيان التعليل والتوجيه بالصيغة المذكورة، لكن أفصح صيغة لها وأدقّ ما عبّر بها قاضي خان في موضع آخر من هذا الشرح: «الحادث يُحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات» ص . . . وقد خرّج الفقهاء عليها مسائل كثيرة وأحكاما قضائية لحسم النزاع، راجع للتفصيل: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ٧١، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٥٩، «المنثور في القواعد» للزركشي ١/ ١٧٤، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٢٥.

(٣) وفي النسخ الأخرى: "ولدت" مكان "جاءت بولد".

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

وإن احتمل العلوق قبل الإسلام، ولو اعتبرنا هذا الاحتمال، لايجرى اللعان[1] بينهما، كما لو جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإسلام، فإنه لا يجري اللعان بينهما.[2]

وكذلك حرّ تحته أمة أعتقها مولاها، فولَدَت لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع النسب، ولو لم يجعل، كأنّ هذا الولد حصل من علوق بعد الحرية، لَمَا جرى اللعان بينهما، لأن اللعان لايجري بين المسلم والذميّة، والحرّ والأمَة[3]، لأنه قام مقام حدّ القذف في جانب الزوج، وإحصان

---

(٥) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(١) اللعان: لغة من اللعن، وهو الطرد والإبعاد، وهو مصدر لاعَنَ، يلاعِن ملاعنة ولعانا، وتلاعَنوا: لعن كل واحد الآخرَ. وسمّيت الملاعنة بين الزوجين بذلك. لبُعدهما من الرحمة، أو لبعد كل منهما عن الآخر، وشرعا: عرّفه المرغيناني بأنه: "شهادات مؤكّدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها"، وسببه: قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبي. انظر: «الهداية» ٢/ ٢٣، «بدائع الصنائع»٣/ ٢٤١، «المصباح المنير» ص٥٥٤.

(٢) من قوله: "كما لو جاءت" إلى آخر الفقرة ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) لانعدام أهلية الشهادة. فإن اللعان عند الحنفية شهادات مؤكّدة بالأيمان، واستدلّوا في هذه المسألة بما رواه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «أربعٌ من النساء، لا ملاعَنَةَ بينهن: النصرانية تحتَ المسلم، واليهودية تحت المسلم، والحرّة تحت المملوك، والمملوكة تحت الحرّ». أخرجه ابن ماجة في الطلاق، باب اللعان، الحديث: ٢٠٧١. وأخرجه الدارقطني في «سننه» عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب به، في كتاب الحدود، ٢/

المقذوف[١] شرط لوجوب الحد على القاذف:

والجواب عنه أن نقول: لو جعلنا هذا الولد بيانا، يقع الطلاق على الأخرى بالشك. والشك لايصلح دليلا، فيكون إيقاعا بغير دليل، فلايجعل الولد من علوق بعد الطلاق من غير ضرورة.

ألاترى [أنه][٢] لو قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت اليمين. لايقع الطلاق، ولايحال العلوق إلى أقرب الأوقات.

وفيما ذكر من المسألتين لم يجعل الولد من علوق بعد الحرية والإسلام، وإنما جرَى اللعان بينهما[٣]، لأن سبب اللعان قَذْف الزوجة المحصَنة[٤]، وحين نفى ولدَها هي

٣:٦. وتكلّم المحدثون في سنده وضعّفوا بعض رواته، لكن ذهب بعضهم إلى تقوية الرواة، وللحديث متابعات وقد رواه الثقات موقوفا، قال ابن الهمام: إن الضعيف إذا تعدّدت طرقه كان حجة. وهذا كذلك، خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا (الأوزاعي وابن جريج) على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من أنه شهادات. انظر: «فتح القدير» ٣/ ٢٥٢، «نصب الراية» للزيلعي ٣/ ٢٤٨، «إعلاء السنن» ١١/ ٢٢٨.

(١) ذكر الكاساني شرطين للمقذوف، إحداهما أن يكون محصنا رجلا كان أو امرأة، وشرائط إحصان القذف خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفّة عن الزنا. راجع للتفصيل: «بدائع الصنائع» ٧/ ٤٠، «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢١٩، «المبسوط» ٧/ ٤٠، «فتح القدير» ٣/ ٢٥٢.

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٣) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

مُحصَنة.

[ألا ترى][1] أن نفيَ الولد لَمّا كان نفيا للعلوق منه، يصير قاذفا وقتَ العلوق من وجه، فيصير ذلك بمنزلة الشبهة. فإذا تَيَقّنا بعدمِ الإحصان وقت العلوق، تيقنّا بالشبهة، وإذا وقع الشك في ذلك، كان الثابت شُبهة الشبهة، وشبهة الشبهة لاتعتبر. وإذا لم يكن الولد بيانا، بقي الطلاق على حاله.

فإن نفى الولدَ، سأله القاضي عن النية، فإن قال: عنَيت الإيقاع على التي لم تلد، وقع عليها، ويُلاعِن بينه وبين التي وَلَدت، لأنه نفى ولد المنكوحة، فيلاعن بينهما، ويلحق الولد بأمه[2].

وإن قال: عنَيت الوالدة، تعيّنت للطلاق من وقت الإيقاع، وصارت أجنبية وقتَ النفي، وقذف الأجنبية يوجب الحدّ، فيلزمه الحد، وبقي الولَد ولدُه، لأن نسب الولد [المولود][3] على فراشه لايقطع إلاّ باللعان[4]، ولم يجرِ اللعان بينهما[5].

---

(٤) سبب وجوب اللعان بين الزوجين هو القذف الصحيح الموجِب للحد في حق الأجنبي عند وجود شرائطه. انظر «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢١٨.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى. وثبوته هو الصواب.

(٢) أي: يقطع نسب الولد منه ويلحقه بالأم، لأنه قذف منكوحته. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٤) انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩، وقال الكاساني: النسب الثابت بالنكاح لاينقطع إلا باللعان. «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٦.

(٥) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

ولو قال: لم أنوِ واحدةً منهما بعينها عند الإيقاع، ولكني أوقِع الطلاق على التي ولدت، لا يلزمه حدّ ولا لعان، والولد ولده[1].

أما لايجرى اللعان بينهما، لأن شرط جرَيان اللعان[2] قيام الزوجة، وقد بانَت منه قبل اللعان، ولايلزَمه الحدّ، لأن هذا القذف انعقد موجبا للّعان[3]، فلايتغيّر بعد ذلك، كما لو قذَف المرأةَ، ثم طلّقها ثلاثا. والولد ولده، لأنه وُلد على فراشه، فلاينقطع نسبه إلاّ باللعان، ولم يوجد[4] لما قلنا.

ولو ولدت لأكثرَ من سنتين من وقت الطلاق، تعيّنت الأخرى للطلاق[5]، لأن هذا الولد حصل من علوقٌ بعد الطلاق، فيكون بيانا، وتعيّنت التي ولدت منكوحة[6].

فإن نفى الولَدَ، لاعَنَ القاضي بينهما لوجود سببه، وهو قذف المنكوحة، ولايقطع نسب الولد، لأن حكم الشرع بكَون الولد بيانا للطلاق حكم بكَون الولدِ منه[7]، والنسب

---

(١) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٢) جريان اللعان" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) لأنه قذف منكوحته والطلاق يقع وقت التعيين. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٤) من قوله: "لأنه ولد على فراشه" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) قال ابن الهمام: تعيّنت الأخرى للطلاق، لتيقّننا بالوطء بعد الطلاق، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة. واالوطء بعد الطلاق المبهم بيان إجماعا. «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٦) ذكر ابن نجيم هذه المسألة نقلا عن الزيادات، انظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(٧) لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

متى صار محكوما به، لاينقطع باللعان[1].

ولو أقرّ الزوج بالولد ثم نفاه، يلاعن بينهما ولايقطع النسب[2].

وكذا ذكر في المعاقل[3]: امرأة ولَدت ولدا، فَانْقَلَب هذا الولد على رضيع، فمات الرضيع، وقضى بالدية على عاقلة أبيه، ثم نفى الأب نسَبَه، لاعَنَ القاضي بينهما،

---

(١) ذكره الكاساني في ضابط بقوله: "النسب المقرّ به لايحتمل الرجوع عنه"، وقال في موضع آخر: "النسب المحكوم بثبوته لايحتمل النفي باللعان كالنسب المقرّ به"، وقال السرخسي: "ذكر عن شُريح رحمه الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه: إذا أقرّ الرجل بولده، لم يكن له أن ينفيه، وهكذا عن عليّ رضي الله عنه، وبقولهما نأخذ.. لأن النسب لايحتمل النقض والنسخ، ولايتصوّر تحويله من شخص إلى آخر، وبإقراره ثبت منه لكون الإقرار حجة عليه"، وقال في موضع آخر: النسب بعد ما صار محكوما به لايحتمل القطع. انظر: «المبسوط» ١٧/ ٩٨ و ١٥٧، «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٧، ٢٤٨، «البحر الرائق» و حاشيته «منحة الخالق» لابن عابدين ٤/ ١٢٨.

(٢) كذا ذكره في «الجامع الصغير»، لأن النسب بالنكاح القائم، واللعان إنما يجب بالقذف. انظر «الجامع الصغير» ص ٢٣٥. و قال الكاساني: مَن أقرّ بنسب ولد، ثم نفاه، يلاعن وإن كان لاينقطع نسبه، لأن قطع النسب ليس من لوازم اللعان، بل ينفصل عنه في الجملة، ألا ترى أنه شرع في المقذوفة بغير ولد. «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٧. وقال في كتاب الدعوى، فصل صفة النسب الثابت: النسب بعد الإقرار به لايحتمل النفي، لأن النفي يكون إنكارا بعد الإقرار فلايسمع. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٥٥.

(٣) أي: "كتاب المعاقل" من «الأصل» انظر: «كتاب الأصل» للشيباني ٤/ ٦٧٠، كتاب العقل، باب من الولاء المنتقل والعقل معه أو ينتقل الولاء ويبقى العقل لاينتقل معه.

ولايقطع نسب الولد عنه[١]، لأنه لما قضى بالدّية على عاقلة الأب، فقد قضى بكون الولد منه، فلاينقطع نسبه بعد ذلك[٢].

وحكي أن عيسى بن أبّان[٣] كتَب إلى محمد رحمهما الله حين كان بالرّقّة[٤]،

(١) وجاء في (ا) و (ب): "ولايقطع الولد منه"، وما ثبت أولى.

(٢) وذكره ابن نجيم في «البحر الرائق» في سياق بيان الفرق بين هذه المسائل فليراجع. ٤/ ١٢٨.

(٣) هو الإمام عيسى بن أبّان بن صَدَقة، القاضي، أبو موسى، تفقّه على محمد بن الحسن، وتفقه عليه أبو خازم القاضي عبد المجيد أستاذ الطحاوي، وقال هلال بن يحي: ما في الإسلام قاضٍ أفقهُ منه، وله كتاب الحج، تولّى القضاء بالبصرة، وقال ابن سماعة: كنت أدعوه إلى محمد بن الحسن فيقول: هؤلاء قوم يخالفون الحديث، وكان عيسى حسن الحفظ للحديث، فصلى معنا يوما الصبح وكان يوم مجلس محمد فلما فرغ محمد قلت: هذا ابن أخيك أبان بن صدقة، ومعه ذكاء و معرفة بالحديث وأنا أدعوه اليك فيأبى ويقول إنا نخالف الحديث، فأقبَل عليه وقال: يا بني ما الذي رأيتَنا نُخالفه من الحديث، فسأله عن خمسة وعشرين بابا من الحديث، فجعل محمد يُجيبه عنه بما فيها من المنسوخ ويأتي بالشواهد والدلائل، فلزم عيسى محمدَ بن الحسن لزوما شديدا. مات سنة ٢٢١هـ.

ترجمته في: الجواهر المضية برقم ١٠٨٦، الطبقات السنية برقم ١٦٧٤، الفوائد البهية ص ١٥١، كتائب أعلام الأخيار برقم ١١٥، تاريخ بغداد ١١/ ١٥٧.

(٤) الرقّةُ: بفتح أوله وثانيه وتشديده، وأصله كل أرض إلى جنب واد ينبسط عليه الماء، وجمعها: رقاق، وهي مدينة مشهورة على الفرات، بينها وبين "حرّان" ثلاثة أيام، والإمام محمد بن الحسن تولّى القضاء بالرقّة. «معجم البلدان» لياقوت الحموي، ٣/ ٦٧.

يستفرقه بين هاتين المسألتين، وبين مسألتين: إحداهما في الدعوى[1]، والأخرى في «الجامع الصغير».

أما التي في الدعوى: امرأة ولدت، وزوجها غائب، فَطَمَت[2] ولدَها بعد مدة الرضاع، وطلبت من القاضي أن يفرض النفقةَ لها وللولد، وأقامت البيّنة، ففَرَض القاضي، ثم حضر الزوج، ونفى الولد، لاعَنَ القاضي بينهما، ويقطع النسب، وإن كان النسب محكوما به حيث فرض له النفقة[3].

وأما التي في «الجامع الصغير»: رجل تزوج امرأة، فجاءت بولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح، فإن القاضي يقضي بالنسب والدخول حتى يقضي لها بكمال المهر ونفقة العدة، فلو أنه نفى هذا الولد، فإنه يلاعِن بينهما، ويقطع النسبَ، وإن حكم بكونه منه حيث يقضي بكمال المهر ونفقة العدة[4].

---

(١) أي: كتاب الدعوى من «الأصل» للإمام محمد رحمه الله.

(٢) فَطَمَت المُرضِع الرضيعَ فَطما، من باب ضرب: فصَلَتْه عن الرضاع، فهي فاطمة، والصغير فطيم، وأفطَمَ الصبي: دخَل في وقت الفِطام. «المصباح المنير» مادة: فطم، ص ٤٧٧.

(٣) انظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(٤) لم أعثر على هذه المسألة في «الجامع الصغير»، ونقل الحَصيري تلميذ الإمام قاضي خان في كتابه: «التحرير في شرح الجامع الكبير» هذه المسائل والفروق، وحكى هذه الحكاية بأكملها من شرح الزيادات مع الإحالة إليه، لكنه لم يسند هذه المسألة إلى «الجامع الصغير»، وإنما أسند المسألتين إلى «الدعوى»، ولعلّه هو الصواب، ويؤيّده أن العلامة ابن نجيم ذكر في «البحر الرائق» هذه المسائل وحكاية عيسى بن أبان، نقلا عن شرح تلخيص الجامع الكبير، وأحال هذه المسائل الثاثة الأخيرة

وكذا المطلقة طلاقا رجعيا إذا ولدت لأكثر من سنتين، يكون رجعة، فإن نفاه، لاعَنَ القاضي بينهما، وأَلحقَ الولدَ أمّه[1].

فكتب محمد رحمه الله أنه متى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء بحكم من أحكام النكاح، لايمنع اللعان، ومتى حصل القضاء بالنسب ضرورة القضاء[2] بأمر ليس من حقوق النكاح، فإنه يمنع قطع النسب باللعان.

ومعنى هذا الكلام أنّ القاضي إذا قضى بحق من[3] حقوق النكاح، فقد قضى بصحة النكاح وتقرّره. والقضاء بصحة النكاح وتقرره، قضاء بشرط [صحّة][4] اللعان، إذ اللعان لايجري إلاّ في النكاح الصحيح[5]، والقضاء بشرط اللعان لايمنع جرَيان اللعان،

إلى «كتاب الدعوى»، انظر «التحرير في شرح الجامع الكبير» للحَصيري، مخطوط، شريط مصور بمركز البحث العلمي مكة المكرمة عن المكتبة الأزهرية ٢/ ١٢٠٥-١٢٠٧، باب شهادة الملاعنة لأبيه، و«البحر الرائق» ٤/ ١٢٨.

(١) لأن الطلاق الرجعي لايبطل الزوجية. «بدائع الصنائع» ٣/ ١٤١، وانظر «البحر الرائق» ٤/ ١٢٩.

(٢) من قوله: "بحكم من أحكام النكاح" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في الأصل، وقوله: "بحق من" ساقط من النسخ الأخرى، وثبوته أولى.

(٤) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب).

(٥) يشترط لصحة اللعان قيام الزوجية الصحيحة، لأن الله تعالى خصّ اللعان بالأزواج بقوله تعالى: "والذين يرمُون أزواجَهم" (النور، الآية: ٦)، وإنه حكم ثبت تعبّدا غير معقول المعنى، فيقتصر على مورد التعبّد، وإنما ورد التعبد به في الأزواج، فيقتصر عليهم، يقول الكاساني مفرّعا عليه: وعلى هذا قال أصحابنا أن من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها لعدم الزوجية، إذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة. وكذا لو طلّقها طلاقا بائنا أوثلاثا، ثم قذفها بالزنا لايجب

فلايمنع قطع النسب باللعان. والمهر والنفقة والعدّة من أحكام النكاح، فالقضاء بها لايمنع قطع النسب باللعان.

أما إيقاع الطلاق على الأخرى، ووجوب الدية على العاقلة، ليس من حقوق نكاح الوالدة، بل هو حكم آخر وراء ذلك، فالقضاء به قضاء بالنسب، لأنما هو شرط جَريان اللعان، فجاز أن يمنع قطع النسب باللعان، إلاّ أن هذا الفرق لايصح في مسألة الرجعة.

وأشار محمد رحمه الله في الكتاب إلى فرق آخر، فقال:

إذا قضى القاضي بما يختصّ بالدخول، كان قضاء بالنسب، فلاينقطع بعد ذلك، وإذا قضى بما لايختصّ بالدخول، لايكون قضاء بالنسب، ووجوب المهر والنفقة والعدة حكم لايختص بالدخول، فالقضاء به لايكون قضاء بالنسب، فلايمنع قطع النسب.

أما تقرّر ملك المتعة، وتعيّن الأخرى للطلاق في مسألتنا عند عدم البيان صريحا، حكم يختصّ بالدخول لايثبت بدونه، فكان القضاء به قضاء بالنسب، فيمنع قطع النسب باللعان، ولاكذلك الرجعة، لأنها تثبت بالمسّ والقُبلة.

أما البيان في الطلاق المبهم، لايثبت بمقدّمات الدخول، وإنما يثبت بالدخول. وذكر الكرخي[1] رحمه الله أن البيان كما يحصل بالوطء، يحصل بالتقبيل.

اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالإبانة. انظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤١، و ٦/ ٢٥٥، «المبسوط» ١٧/ ١٠٠، «ردّالمحتار» ٢/ ٥٨٩.

(١) هو الإمام عبيد الله، أبو الحسن الكرخي، تقدم ترجمته في ص ١٠٧.

ولو ولدت إحداهما بعد الطلاق المبهم[1] ولدا لأقل من سنتين بيوم، وولدت الأخرى لأكثر من سنتين بيوم، وقع الطلاق على التي ولدت لأقل[2]، لأن المولود لأكثر من سنتين حصل من علوق بعد الطلاق المبهم بيقين، لأن الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين، فيكون بيانا.

أما علوق الأخرى مشكوك فيه، فلايكون بيانا، وانقضت عدة المطلقة بوضع الحمل، لأنه إذا كان بين الولادتين يومان، والطلاق وقع عليها عند علوق الولد[3] الثاني، فقد وقع الطلاق عليها وهي حامل، وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل[4].

وإن كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا، وقع الطلاق على التي ولدت لأقل من سنتين من وقت الطلاق لما قلنا، وعليها أن تعتدّ بثلاث حيض. لأنه إذا كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا، فعلوق الولد الثاني محتمل، يحتمل أنه كان قبل ولادة الأولى، فكان انقضاء عدة الأولى بوضع الحمل، ويحتمل أنه كان بعد ولادة الأولى، فكان انقضاء عدتها بالحيض، فيجب عليها الاعتداد بثلاث حيض احتياطا[5].

بخلاف ما إذا كان بين الولدين أقل من ستة أشهر، لأن علوق الثاني لايتصور أن يكون بعد ولادة الأولى، فيقع الطلاق عليها وهي حامل، فتنقضي عدتها بوضع

(١) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لأن وطؤها لايصلح بيانا، ووطء صاحبة الأكثر يصلح بيانا. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

الحمل.[1] والولدان ولده، لأنهما ولدا على فراشه من حيث الظاهر.

فإن قيل: لماذا لانأخذ بالاحتياط، ونحكم بحرمة التي ولدت لأكثرَ من سنتين أيضا، لأنه يحتمل أنه وطَءَ التي ولدت لأقل من سنتين أوّلا، فيقع الطلاق على الأخرى.

قيل له: الحرمة حكم الطلاق، وقد ذكرنا أن الطلاق لايقع بالشك، وإذا لم يقع، لايثبت حكمه بدونه.

فإن أقرّ الزوج أنه جامَع التي ولدت لأقل من سنتين أوّلاً بعد الطلاق المبهم، وقع الطلاق على التي ولدت لأكثر من سنتين بإقراره، لأن إقراره بوطء الأولى أوّلا، إقرار بوقوع الطلاق على الأخرى، لكن لايصدق في صرف الطلاق عن الأولى، فيقع الطلاق عليهما[2] على التي ولدت لأقل من سنتين بحكم الظاهر، وعلى الأخرى بحكم الإقرار[3]

كمن قال: زينب طالق، وله امرأة معروفة بهذا الاسم، فقال: لي امرأة أخرى بهذا الاسم، وإيّاها عنَيت، طلّقتا جميعا، لما قلنا[4]، كذلك ههنا.[5]

ولو ولدت كل واحدة ولدا لأكثر من سنتين، وبين الولدين يوم، وقع الطلاق على

---

(١) قوله: "فتنقضي عدتها بوضع الحمل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٣) من قوله: "على التي ولدت" إلى آخر الفترة، ساقط من (ا) و (ب).

(٤) المعروفة بحكم الظاهر، وغير المعروفة بإقراره، وقد سبق أن ذكر قاضي خان هذه المسألة في باب من الحيض الذي تصدّق فيه المرأة أو تكذّب على الطلاق والعتاق المعلّق به ص ٣٧٥، فليرجع، كما ذكرها السرخسي في «المبسوط» ٦/ ١٢١، وابن الهمام في «فتح القدير» ٣/ ١٥٩.

(٥) قوله: "جميعا لما قلنا كذلك ههنا" ساقط من النسخ الأخرى.

التي ولدت آخرا[1]، لأنا تيقنّا بعلوق الولدين بعد الطلاق، لأن الولد لايبقى في البطن أكثر من سنتين، فالأولى حين ولدت، وقع الطلاق على الأخرى في الحال.

فإذا ولدت الأخرى بعد ذلك، لايبطل ذلك الحكم، ولايتغير[2]، لأن ولادة الأولى كان بيانا.

ولو بيّن الطلاق في الثانية صريحا، ثم ولدت الثانية، لايتغير حكم البيان، كذلك هنا[3].

وهذا لأن علوق الولد الأول كان قبل علوق الثاني، لأن الأصل في العلوق أن يحال إلى أقرب الأوقات، وهو ستة أشهر، لأنه متيقّن ولايحال إلى زمان سابق إلاّ لضرورة. وفيما تقدم إنما أحيل إلى زمان سابق، كَيلا يتعيّن الطلاق المبهم بالشك، وهنا تيقنّا بوقوع الطلاق المبهم على إحداهما، فلايحال العلوق إلى زمان سابق.

وإذا أحَلنا علوق الولدين إلى ستة أشهر، كان علوق الولد[4] الأولى قبل وطء[5] الأخرى بيوم، فيتعين الأخرى للطلاق، وانقضت عدتها بوضع الحمل، لأنا حكمنا بوقوع

(١) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٢) أي: لايتحوّل الطلاق الواقع عليها إلى غيرها، وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى، يقع الطلاق على الموطوءة آخرا، كذلك هنا، وثبت نسب الولدين. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٤) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "وطء" ساقط من (ا) و (ب).

الطلاق عليها عند ولادة الأولى، وحال ولادة الأولى كانت الأخرى حاملا[1]، فكان انقضاء عدتها بوضع الحمل[2].

ألاترى أنه لو جامع إحداهما بعد الطلاق المبهم[3] بأيام بعلم الشهود، ثم جاءت الأخرى بولد لستة أشهر، يقع الطلاق المبهم[4] على التي ولدت، لأنا تيقنا بما يصلح بيانا للطلاق المبهم في التي ولدت، وهو الوطي، وولادة الأخرى محتمل، يحتمل أنّ علوق الولد كان قبل الطلاق المبهم،[5] فلايكن بيانا، ويحتمل أنه كان بعده، فيكون بيانا، فلايتغيّر ذلك الحكم بالشك.

كذلك هنا حين ولدت الأولى ولدا[6] لأكثر من سنتين، حكمنا بوقوع الطلاق على الأخرى. فإذا ولدت الثانية، يحتمل أن وطى الثانية كان قبل وطى الأولى، ويحتمل أنه كان بعده، فلايتغير ذلك الحكم بالشك[7].

ثم سأل على نفسه سؤالا فقال: إن قال قائل: متى أحَلنا علوق الولد الثاني إلى ستة أشهر، فقد أوقَعنا الطلاق على الثانية قبل وطى الثانية، فإذا وطى الثانية بعد ذلك، وجب

---

(١) قوله "حاملا فكان انقضاء عدتها بوضع الحمل" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "المبهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) "ولدا" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) "بالشك" ساقط من (ا) و (ب).

أن يلزمه العُقر[1]، ولايثبت نسب الولد الثاني.

ثم أشار إلى الجواب فقال: الطلاق لاينزِل بالشك، والمال لايجب بالشك[2]، والنسب لاينقطع بالشك[3].

أراد بذلك أن علوق الولد الثاني[4] محتمل، يحتمل أن يكون قبل علوق الولد[5] الأوّل، فيثبت نسبه منه، ويحتمل أن يكون بعده، والاحتمال يكفي لثبات النسب، فلاينقطع بالشك.

وكذا العقر، إن كان علوق الثاني قبل الأوّل، لايجب، وإن كان بعده يجب، فلايجب بالشك[6].

وإنما لايقع الطلاق على الأولى، لأن الأولى لما ولدت لأكثر من سنتين، وقع الطلاق على الأخرى، فإذا ولدت الأخرى، يحتمل أن هذا الولد حصل بوطي قبل وطي

---

(١) كذا في (ا) و (ب)، وكان في الأصل: "العمر"، وهو تصحيف.

(٢) ضابط: «المال لايجب بالشك» ذكره ابن الهمام في «فتح القدير» ١٠/ ٥٢٢، وذكره قاضي خان في موضع آخر بعبارة: «المال لايُستحق بالشبهة» انظر ص ١٠٧٧.

(٣) لأن النسب يحتاط في إثباته، وهذا من "ضوابط الاحتياط"، ذكره قاضي خان في ص ١٧١٨، وقال السرخسي: "أمر النسب مبني على الاحتياط". «المبسوط» ١٧/ ١٠٠.

(٤) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "الولد" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) سبق ما ذكره قاضي خان من ضوابط الاحتياط: «الغسل يحتاط في إيجابه»، و «الحدّ يُحتاط في دَرئه». انظر ص ٢٧٣ من هذا الشرح.

الأولى. فيقع الطلاق على الأولى، ويحتمل أنه حصل بوطى بعد وطى الأولى، فلايقع الطلاق[1] على الأولى، فلايقع بالشك.

واستوضح هذا بمن قال لامرأته: إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا، فولدت ولدا، ثم ولدت ولدا آخر لستة أشهر أو لسنة، يثبت نسب الولد الثاني منه[2]، ولايجب العقر.

وإنما يثبت النسب. لاحتمال أنه وطئها قبل الولادة. ولم يخلص الماء إلى رحمها (ا) و (ب) لانسداد فم الرحم، فلما انفتح فم الرحم للولد الثاني[3]، وصل الماء إلى رحمها وعلق الثاني. فيثبت النسب احتياطا.

ولايجب العقر لمكان الاحتمال[4]، كذلك هنا.

---

(١) "الطلاق" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وتنقضي به العدّة، لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق، وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة، انظر «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

(٣) في (ا) و (ب): "بالولادة".

(٤) لأنا جعلناه معلّقا حال قيام النكاح. «فتح القدير» ٣/ ١٦٠.

باب ما يستدلّ به على الطلاق وما لايستدلّ

في الباب خمسة ألفاظ: "أمركِ بيدكِ"، "اختاري"، "طلّقي نفسك"، "جعلتُ الأمر بيدك"، "جعلت الخيار إليك".

وذلك على وجوه: إما إن أفرَد، أو كرّر، أو جمَع، والجمع لايخلو إما أن يكون بحرف الفاء، أو بحرف الواو، أو بغير حرف.

وبنى الباب على أصول:

منها: أن الأمر باليد، وقوله: "طلّقي نفسك"، يحتمل نية الثلاث، ولايحتملها قولُه: "اختاري نفسك"[1].

وقال زيد بن ثابت[2] رضي الله عنه: إذا خيّرها فاختارت نفسها، يقع الثلاث[3]،

---

(١) لأن الأمر في قوله: "أمرك بيدك" شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق، فكان من أفراده لفظا، والمصدر يحتمل نية العموم. انظر: «فتح القدير» ٣/ ١٠٢، و «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٨.

(٢) زيد بن ثابت بن الضحّاك بن زيد بن لوذان بن عمرو بن عوف، الأنصاري الخزرجي، كنيته: أبو سعيد، وقيل: أبو ثابت، من فقهاء الصحابة وأحد أصحاب الفتوى، كاتِب الوحي للنبي ﷺ، وهو الذي جمع القرآن في عهد أبي بكر رضي الله عنه، روى عنه جماعة من الصحابة منهم: أبوهريرة و أبو سعيد وابن عمر وأنس وسهل بن سعد وغيرهم، وكان رأسا بالمدينة في القضاء والفتوى والقراءة والفرائض، توفي سنة ٤٥هـ، وقال أبوهريرة رضي الله عنه حين مات: اليوم مات حبر هذه الأمة.

والصحيح قولنا[1]، لأن القياس يأبى وقوع الطلاق بالاختيار، لأنه لايدلّ على الطلاق[2]. وإنما عرفنا وقوع الطلاق به بإجماع الصحابة رضي الله عنهم[3]،

انظر ترجمته في: طبقات ابن سعد ٢/ ٣٥٨، أخبار القضاة لوكيع ١/ ١٠٧، ابن عساكر ٦/ ٢٧٨، تهذيب الكمال ٤٥٢، العبر ١/ ٥٣، معرفة القراء ٣٥، تهذيب التهذيب ٣/ ٣٩٩، أسد الغابة برقم ١٨٢٤٥، الاستيعاب برقم ٨٤٠، الإصابة لابن حجر برقم ٢٨٨٧.

(٣) جاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال زيد بن ثابت في "الخيار": إن اختارت زوجها فلا شيء، وإن اختارت نفسها فثلاث. «مختصر اختلاف العلماء» لأبي بكر الجصاص، ٢/ ٤١٨، وانظر: «سنن سعيد بن منصور» ١/ ٣٨٤، «مصنف عبد الرزاق» ٧/ ٩، «كتاب الآثار» لأبي يوسف ص ١٣٩، «الإشراف لابن المنذر» ٤/ ١٧٨.

(١) كذا في (ا) و (ب)، وفي الأصل: "مذهبنا".

(٢) لأن القياس في قوله: "اختاري" أن لايقع به شيء وإن اختارت، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، ولهذا لايملك الزوج إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، فإن من قال لامرأته: "اخترت نفسي" لاتطلق، فإذا لم يملك إيقع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه إلى غيره إلا أنه جعل من ألفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والإجماع. راجع لتفصيل ذلك: «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٨، «المبسوط» ٦/ ٢١٠، «الهداية» و «فتح القدير» ٣/ ١٠١.

(٣) قال الزيلعي معلقا على ما ذكره المرغيناني بأنه روي أن الصحابة أجمعوا على أن المخيّرة لها الخيار مادامت في مجلسها: "فيه عن ابن مسعود، وجابر، وعمر، وعثمان، وعبد الله بن عمرو بن العاص"، ثم ذكر آثارهم بالتفصيل عن «مصنف عبد الرزاق» و «مصنف ابن أبي شيبة» راجع: «نصب الراية» ٣/ ٢٢٩، «أحكام القرآن» للجصاص، ٣/ ٤٦٨، «مختصر اختلاف العلماء» ٢/ ٤١٨، «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٩، «المبسوط» ٦/ ٢١٠، «اللباب في الجمع بين السنة والكتاب» ٢/ ٧٠٢.

والصحابة[1] اتفقوا على وقوع الواحدة، واختلفوا فيما زاد على الواحدة[2]، فبقيت الزيادة على أصل القياس.

ومنها: أن قولها: "اخترت نفسي"، يصلَح جوابا لقوله: "أمرك بيدك"، ولقوله: "اختاري نفسكِ"، ولايصلَح جوابا لقوله: "طلّقي نفسكِ"، لأن قولها: "اخترت" مبهَم، وقوله: "طلّقي نفسكِ" مفسّر، والمبهَم لايصلح جوابا للمفسّر[3] وقولها: "طلّقت"، يصلح جوابا للكل.

ومنها: أن الأمر لايصلح تفسيرا للأمر باليد، وكذا الاختيار للإختيار[4]، لأن الشيئ لايفسّر بمثله[5].

---

(١) في (ا) و (ب): "وهم".

(٢) وجاء في (ا) و (ب): "في الزيادة".

(٣) في (ا) و (ب): "للمعتبر"، وهو خطأ.

نقل ابن الهمام هذا الضابط في «فتح القدير» ٣/ ١٠٨ محيلا إلى قاضي خان في شرح الزيادات، وزاد المرغيناني في هذا الضابط وجها آخر بأن المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر، ولا تعيين مع الابهام. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٢.

والإمام السرخسي علّله بوجه آخر فقال: إن لفظ "الاختيار" أضعف من لفظ الطلاق، ألا ترى أن الزوج يملك الإيقاع بلفظ "الطلاق"، دون لفظ "الاختيار"، فالأضعف لايصلح جوابا للأقوى، والأقوى يصلح جوابا للأضعف. انظر «المبسوط»٦/ ٢١٦.

(٤) فلو قال لها: "اختاري"، فقالت: "قد اخترت" فهو كلام باطل، لأن المبهم لايصلح تفسيرا للمبهم الآخر، «فتح القدير» ٣/ ١٠٢.

(٥) ورد هذا الضابط عند الكاساني بعبارة: "الشيئ لايفسّر بنفسه" انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠.

وقوله: "طلّقي نفسك"، يصلح تفسيرا لقوله: "أمرك بيدكِ"، ويصلح تفسيرا لقوله: "اختاري"، لأن الطلاق مفسر،[1] فيصلح تفسيرا للمبهم.

وقوله: "اختاري"، يصلح تفسيرا للأمر[2]، لأنه أخصّ من الأمر، لأنه تخيير بين اختيار الزوج أو الطلاق.

وقوله: "أمرك بيدك"، إخبار عن مالكية مطلَقة، فيتناول الأشياءَ كلها.

وإذا لم يصلح الأمر تفسيرا لغيره، يجعل علِّة لما بعده، إذا دلّت الدلالة عليه. وكذا إذا تأخّر الأمر، يجعل علِّة لما قبله، إذا دلّت الدلالةَ عليه، بأن يجمع بينهما بحرف الفاء.

أما إذا جمع بحرف الواو، أو جمع بينهما بغير حرف، كان كلاما مبتدأً، ويرجع في البيان إليه، إلاّ إذا كان في حال مذاكرة الطلاق، فيكون طلاقا.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته في غير غضب، ولاذكرِ طلاق[3]: "أمرك بيدكِ"، أو قال: "اختاري"، فقالت: "اخترتُ نفسي"، وقال الزوج[4]: "لم أنوِ به الطلاق"، كان القول قوله مع يمينه، ولايقع شيئ، لأن الأمر باليد

---

(١) سقطت العبارة: "ويصلح تفسيرا لقوله اختاري، لأن الطلاق مفسر" من بقيّة النسخ.

(٢) قال المرغيناني: إن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد. «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٧.

(٣) قوله: "في غير غضب، ولاذكرِ طلاق"، قيّد بهذا فإنه إذا خيّرها بعد مذاكرة الطلاق، أو في حال الغضب والخصومة أو الشتيمة، فاختارت نفسها، ثم قال: "لم أنو الطلاق"، لايصدّق في القضاء، وإذا لم يصدق في القضاء، لاتسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل. انظر «فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٣.

(٤) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

يحتمل الطلاق، ويحتمل شيئا آخر.

وكذا قوله: "اختاري" كما يحتمل الطلاق، يحتمل اختيار سُكنى البيت ونحوه، فلايكون طلاقا إلاّ بالنية[1]، فإذا أنكر النية، كان القول قوله، ويحلف بالله نفيا للتهمة، واحتياطا لأمر الفرج، ألاترى أن [رُكانة بن عبد يزيد][2] رضي الله عنه[3] لما طلّق امرأته

---

(١) لأنه من كنايات الطلاق، فلا يصح من غير نية الطلاق، فإن الزوج لايملك إيقاعه بنفسه من غير نية الطلاق، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير النية، وإلى هذا أشار العتابي عند تأصيله للباب بقوله: أصل الباب أن صريح الطلاق يستغني عن النية، لأنه تعيّن لرفع النكاح في العرف فلايحتاج إلى التعيين، بخلاف الكنايات، ولهذا قلنا إن صريح الطلاق يصلح تفسيرا وجوابا للأمر باليد والتخيير، لأن الصريح مفصح في المراد، والكنايات مجملة، لايصلح تفسيرا وجوابا للصريح. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٤. وفي «الهداية»: "ثم لابدّ من النية في قوله: "اختاري"، لأنه يحتمل تخييرها في نفسها، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره. انظر «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٣.

(٢) يلاحظ أنه ورد في الأصل وجميع النسخ الأخرى: "زيد بن ركانة" وهو خطأ وتصحيف، والصحيح ما أثبتناه، فإن الصحابي الذي طلّق امرأته البتة هو رُكانة بن عبد يزيد، ولعل هذا الوهم جاء من أن له ابن باسم "يزيد بن ركانة" الذي ذُكر في سند هذا الحديث، يقول الإمام ابن حجر: "وأخرج أبو يعلى، والبغوي، وابن شاهين، وابن منده في ترجمته، من طريق الزبير ابن سعيد عن عبد الله بن علي بن يزيد بن ركانة، عن أبيه عن جده، قال: طلقتُ امرأتي على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البتةَ. وصاحب هذه القصة هو أبوه ركانة، فإن الضمير في قوله يعود على عليّ، لا على عبد الله، ويدل على ذلك رواية الشافعي من طريق نافع بن عجير، عن ركانة بن عبد يزيد أن ركانة طلق امرأته. وهكذا أخرجه أبو داود وغيره". «الإصابة» ترجمة يزيد

بلفظ "البتّة"، حلّفه رسول الله صلى الله عليه وسلم: «بالله ما أردتُ به الثلاث»[1]، احتياطا.

وكذا لو كرّر فقال: "أمرك بيدك، أمرك بيدك"، أو قال: "أمرك بيدك، فأمرك بيدك"، أو قال: "أمرك بيدك، وأمرك بيدك"، فقالت: "اخترتُ نفسي"، وقال الزوج: "لم أنوِ به الطلاق"، كان القول قوله، لأن التكرار لايزيل الإبهام، وكذا لو كرّر الاختيار

بن ركانة برقم ٩٢٧٩ـ ٦/ ٥١٥.

(٣) هو رُكانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب بن عبد مناف، المطلبي، روى عنه نافع بن عُجير وابن ابنه علي بن يزيد بن ركانة، مات بالمدينة في خلافة معاوية، وقال أبو نعيم: مات في خلافة عثمان، وقيل: عاش إلى سنة ٤١هـ. انظر ترجمته في: المغازي لابن اسحاق ٢٧٦، سيرة ابن هشام ٢/ ٤١، تهذيب الكمال ١٩/ ٢٢١، تهذيب التهذيب ٣/ ٢٨٧، أسد الغابة ت ١٧٠٨، الاستيعاب ت ٨٠٤ الإصابة ت ٢٦٩٥، تجريد أسماء الصحابة ٣/ ١٨٦.

(١) أخرج أبوداود عن نافع بن عُجير بن عبد يزيد بن رُكَانة: «أن ركانةَ بن عبد يزيد طلّق امرأتَه سُهيمة البتةَ، فأخبرَ النبيَ ﷺ بذلك، وقال: "والله ما أردتُ إلا واحدة، فقال رسول الله ﷺ: والله ما أردتَ إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردتُ إلا واحدة، فردّها إليه رسول الله ﷺ، فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان» أخرجه أبوداود في الطلاق، باب في البتّة، الحديث: ٢٢٠٦ و٢٢٠٧ و٢٢٠٨. وأخرجه الترمذي في كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يطلق امراته البتة، الحديث: ١١٧٧ بألفاظ متقاربة. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الطلاق، باب طلاق البتة، الحديث: ٢٠٥١ بنحوه.

وأخرجه الدارمي، الحديث: ٢١٨٩، والحاكم ٢/ ١١٩، والبيهقي ٧/ ٣٤٢، والطيالسي الحديث: ١١٨٨، كلهم من حديث ركانة.

على هذا الوجه.

وإن نوى الزوج[1] الطلاق، يقع تطليقتان بائنتان، لأن المذكور بحرف الفاء، إذا لم يكن تفسيرا للأوّل، ولاعلّة، يكون إيجابا مبتدأ، وقولها: "اخترت" يصلح جوابا لهما.

ولو قال: "جعلت أمرك بيدك، فأمرك بيدكِ"، ونوى الطلاق فقالت: "اخترتُ نفسِي"، يقع واحدة بائنة، إلاّ أن ينويَ الثلاث، لأن الأوّل إثبات، والثاني خبر، فيجعل الثاني خبرا للأوّل، كأنه قال: "جعلتُ الأمر بيدك، فصار الأمر بيدكِ".

وكذا لو قال: "جعلت الخيار بيدك، فاختاري"، وهو نظير ما لو قال لامرأته: "أنت طالق، أنت طالق"، يقع طلاقان. ولو قال: "جعلتك طالقا فأنت طالق"، يقع واحدة.

وإن جمع بين لفظين مختلفين[2] فقال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، أو "اختاري

---

(١) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لخّص عالم بن العَلاء أحكام المسائل التي ذكرها المؤلف فيما بعد تلخيصا جيّدا بأنه إذا جمع الزوج بين ألفاظ التفويض، وهو قوله: "أمرك بيدك، اختاري، طلقي"، فإن ذكرها بغير حرف صلة يجعل كل واحد كلاما مبتدأ، ولو ذكرها بحرف الفاء فالمذكور بحرف الفاء يجعل تفسيرا إن صلح تفسيرا، ولفظ الاختيار يصلح تفسيرا للأمر باليد، والأمر باليد لا يصلح تفسيرا للاختيار، وإذا لم يصلح تفسيرا للاختيار يجعل علة لما تقدم، وإن تعذّر جعله علةً يحمل على العطف، ولو ذكر ها بحرف الواو فهو للعطف، والمعطوف لا يصلح تفسيرا للمعطوف عليه، وإذا عطف البعض على البعض فالتفسير المذكور في آخرها يجعل تفسيرا للكل. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦١.

فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، يقع واحدة بائنة، ولايصدّق الزوج[1] في أنه لم يُرِد الطلاق، لأنه جمع بين الأوّل والثاني بحرف الفاء، وإنه للوصل[2]، ووَصْل التفسير بالمبهم يكون بيانا للمبهم[3]، فلايصدق الزوج، ويكون بائنا، لأن العامل هو الأمر باليد أو الاختيار، والواقع بالأمر أو الاختيار يكون بائنا.

ويحلف: "بالله ما أردتُ به الثلاث"، لمكان الاحتمال، ولايحلف في لفظ الاختيار، لأنه لايحتمل نية الثلاث[4].

وكذا لو قال: "أمرك بيدك"، ثم قال على الفور مفصولا أو موصولا: "ما يحبسك أن تطلّقي نفسك، لم لاتطلّقي نفسك!"، فقالت: "اخترت نفسي"، تقع واحدة بائنة، لأن هذا عتاب، والعتاب إنما يتوجّه على ترك المملوك والمقدور، فصار كأنه قال: "ملّكتك الطلاق، لم لاتطلّقي نفسك!" فيقع واحدة بائنة، ويحلف في الأمر باليد: "بالله ما أردت

---

(١) "الزوج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٧.

(٣) بيّنه السرخسي في نظير هذه المسألة في قاعدة بصيغة: "المبهم إذا تعقّبه تفسير يكون الحكم لذلك التفسير"، انظر «المبسوط» ٦/ ٢١٨.

(٤) كما سبق في الأصول التي قرّرها الشارح في فاتحة الباب، ومذهب الحنفية أن الواقع في التخيير واحدة بائنة، لارجعية، وقد روي الترمذي عن عُمر وا بن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: "إن اختارت نفسها فواحدة بائنة"، قال الترمذي: "وذهب أكثر أهل العلم والفقه من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم في هذا الباب إلى قول عمر، وعبد الله، وهو قول الثوري، رحمهم الله". انظر سنن الترمذي ٣/ ٤٧٤، ويرجع لتفصيل الأدلة: «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٩، ١٢٠، و«فتح القدير» ٣/ ١٠١.

به الثلاث"، لما قلنا.

ولو قال لها: "أمرك بيدك"، وسكت، أو قال: "اختاري"[1]، وسكت،[2] ثم قال على الفور: "طلّقي نفسك، ما يحبسك أن تطلّقي نفسك، لم لاتطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "ما أردت الطلاقَ بالمبهم"، كان القول قوله، ولايقع شيئ، لأن الأوّل مبهم.

وقوله: "طلّقي نفسك"، ما صار تفسيرا لانعدام حرف الفاء، فبقي كلاما مبتدأ، والثاني وإن كان مفسرا إلاّ أن قولها: "اخترت"، لايصلح جوابا للمفسر، فلايقع شيئ، حتى لو قالت: "طلّقت نفسي"، كان جوابا للمفسّر، وتقع واحدة رجعيّة.

ولو قال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك ثلاثا للسنة"، أو "ثلاثا إذا جاء غد"، فقالت في المجلس: "اخترت نفسي"، طلّقت ثلاثا للحال.

ولو قامت عن مجلسِها قبل أن تقول شيئا بطل[3]، لأن قوله: "فطلّقي نفسك

(١) زاد في (ا) و (ب): "اختاري نفسك".

(٢) "وسكت" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) لأنه يشترط لبقاء حكمه بقاء المجلس، وهو مجلس علمها بالتفويض، فما دامت في مجلسها فالأمر بيدها، لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها، تتصرف فيه برأيها كيف شاءت، وهذا معنى المالكية، فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج، وجواب التمليك مقيّد بالمجلس، لان الزوج يملك الخطاب، وكل مخلوق خاطب غيرَه يطلب جواب خطابه في المجلس، فيتقيد جواب التمليك با لمجلس، سواء قصر المجلس أو طال، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، لإن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل والتفكر، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال

ثلاثا" ، خرج تفسيرا للأمر ، والأمر باليد يحتمل الثلاث ، أمّا لا يحتمل التعليق ، ولا الإضافة إلى وقت السنة ، لأن الأمر باليد يقتضى المالكية[1] ، والأمر باليد على هذا الوجه لا يفيد البَيْنُونة في الحال ، فلا تثبت المالكية .

ولهذا لو قال لها : "أمرك بيدك" ، ونوى السنّة أو التعليق ، لا يصح ، فإذا ألحَقَه بما كان تفسيرا ، ثبت ما يحتمله ، وهو الثلاث ، ولا يثبت ما لا يحتمله ، وهو السنة والتعليق .

ولو قال : "أمرك بيدك" ، ثم قال على الفور : "ما يحبسك أن تطلّقي نفسك ثلاثا" ، فقالت : "اخترت نفسي" ، طلّقت ثلاثا لما قلنا إنّ هذا عتاب ، وهو إنما يتوجه على ترك المملوك ، فدلّ ذلك على إرادته الثلاث .

وفي هذا كله إذا قال : "لم أعنِ بالأمر الطلاق" ، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن قوله : "ما يحبسك" ، يحتمل الاستهزاء . وقوله : "طلّقي نفسك" ، يحتمل الابتداء بأن يجعل الفاء مكان الواو[2] ، لأن حروف الصّلات يقام بعضها مقام البعض ، إلاّ أنه خلاف

والأوقات ، ولا ضابط له إلا المجلس فقدر بالمجلس ، ولهذا اشترطه الصحابة رضي الله عنهم للمخيّرة ، فيبقى الامر في يدها ما بقي المجلس ، فإن قامت عن مجلسها بطل ، لان القيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك ، فكان ردّا للتمليك دلالة . «بدائع الصنائع» ٣/ ١١٤ ، «فتح القدير» ٣/ ١١٣ .

(١) «الهداية» و«فتح القدير» ٣/ ١٠٨ .

(٢) جاء في «أصول السرخسي» : إن "الفاء" يجعل مستعارا عن "الواو" مجازا لقرب أحدهما من الآخر . ١/ ٢٠٨ .

الظاهر، فيديّن فيما بينه وبين الله تعالى، لا في القضاء[1]، كما لو قال: "أنت طالق"، وقال: "عنَيت به الطلاق عن الوثاق".

ولو قال لها: "أمرك بيدك"، ينوي ثلاثا للسنة، أو ثلاثا إذا جاء غد، فقالت: "اخترت نفسي"، طلّقت ثلاثا للحال، لأن الأمر باليد يحتمل نية[2] الثلاث، ولايحتمل السنة والتعليق، فيصح من النية ما يحتمله، ولايصح ما لايحتمله. والاختيار يصلح جوابا له، فيقع الثلاث للحال.

ولو قال لها في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: "أمرك بيدك طلّقي نفسك"، أو قال: "وطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنو[3] بالأمر الطلاق"، كان مصدّقا، ويحلف، لأن قوله: "طلّقي نفسك"، لم يصر تفسيرا للأوّل لانعدام حرف الفاء، فبقي مبهما، والثاني مفسرا، إلاّ أن قولها: "اخترت" لايصلح جوابا له، وكذا لو قال: "اختاري وطلّقي نفسك".

ولو[4] قال لها: "أمرك بيدكِ، اختاري اختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة بالخَيار الثاني، لأن الأوّل مبهم، والثاني منقطع عن الأوّل، وهو عَين الأوّل، فلايصلح تفسيرا له. والخيار الثاني منقطع عن الخيار الأوّل،

---

(١) أي: لم يصدق في القضاء، وكما لايصدّقه القاضي فكذلك لايسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل. انظر «المبسوط» ٦/ ٢١٥.

(٢) "نية" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) في (ا) و (ب): "أرد".

(٤) وردت العبارة في (ا) و (ب): "وكذلك لو قال: اختاري و طلقي نفسك فقالت".

واتصل التفسير بالخيار الثاني، فصار كأنه قال: اختاري فطلِّقي نفسك.

ولو قال: "أمرك بيدك، واختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بتطليقتين، لأنه عطَف الخيارَ على الأمر بحرف الواو، وذكَر الطلاق على وجه التفسير، فيصير تفسيرا لهما، وقولها: "اخترت"، يصلح جوابا لهما.

ألاترى أنه لو ذكر بعدهما استثناء أو شرطا، ينصرف إليهما، تحقيقا للمشاركة،[1] كذلك هنا، ويحلف بالله ما أراد بالأمر الثلاث، لما مر[2].

ولو قال: "أمرك بيدك، واختاري، وطلِّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنوِ باللفظ الأوّل والثاني طلاقا"، وحلف، كان مصدّقا، ولايقع شيئ، لأن الواو للعطف دونَ التفسير، فبقي الأوّل والثاني مبهما، والثالث إيجاب مبتدأ، إلاّ أن قولها: "اخترت" لايصلح جوابا له، حتى لو قالت: "طلَّقت نفسي"، يقع واحدة رجعية.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة، لأن قوله: "فاختاري" خرج تفسيرا وحكما للأمر، فإن الأمر يصلح علّة للاختيار، ويصلح الاختيار تفسيرا للأمر أيضا، لأن الأمر أشدّ إبهاما من الاختيار، لأن الأمر باليد يحتمل الثلاث، والاختيار لايحتمل، فصار الاختيار تفسيرا للأمر، وإن كان

---

(١) وفي (ا) و (ب): "للمساواة".

وذكر الإمام السرخسي أن الواو للعطف مطلقا، فيكون موجَبه الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر من غير أن يقتضي مقارنة أو ترتيبا، وهو قول أكثر أهل اللغة. انظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٠.

(٢) "لمامر" ساقط من (ا) و (ب).

لايتمّ به البيان، أو حكما له.

وقوله: "فطلّقي نفسك" تفسيرا للاختيار، لوجود حرف الفاء، فصار الاختيار المفسّر بالطلاق تفسيرا للأمر، وصار كأنه قال: "أمرك بيدك فطلّقي نفسك"، فإذا قالت: "اخترت نفسي"، يقع واحدة بائنة، ويحلّف: بالله[1] ما أراد [بالأمر الثلاث][2].

ولو قال: "أمرك بيدك، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، أو قالت: "طلّقت"[3]، يقع تطليقتان بائنتان، لأن الأمر لايصلح تفسيرا، ولاحكما للأمر[4]، فكانت الفاء بمنزلة الواو، وقوله: "فطلّقي نفسك" صار تفسيرا لهما. وقولها: "اخترت أو طلّقت"، يصلح جوابا لهما، فيقع تطليقتان، ويحلف بالله ما أراد به الثلاث.

وكذا لو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، تقع ثنتان بائنتان[5]، لأن الثاني لايصلح تفسيرا ولا حكما للأول، فكان الفاء بمنزلة الواو[6].

و لو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، تقع واحدة بائنة، لأن الأمر لايصلح تفسيرا للاختيار، لأنه أشدّ إبهاما، من

(١) "بالله" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في الأصل: "ما أراد الأمر بالثلاث"، وما ثبت من بقيّة النسخ، وهو الصواب.

(٣) زاد في (ا): "طلقت نفسي".

(٤) بناء على قاعدة سابقة: "إن الشيء لايفسر بمثله"، راجع ص ٤٢٢.

(٥) "ثنتان" ساقط من (ا).

(٦) سقطت هذه الفقرة كلها من (ج) و (د).

الاختيار[١]، والخاص لايفسّر بالعام، ولايصلح أن يكون الأمر حكما للاختيار، لأن الأمر يُنبِئ عن الملك، والملك لايثبت بالاختيار، بل الاختيار يثبت بالملك، فتعذّر أن يجعل الثاني تفسيرا وحكما للأوّل، وأمكن أن يجعل الأمر علّة للاختيار، لأن العلّة مما يقدّم ويؤخّر، يقال: "أتاك الغَوث، فأبشِر"، و"أبشِر، فقد أتاك الغوث"[٢].

وإذا جعل الأمر علّة للاختيار، صار كأنه قال: "اختاري، لأني جعلت الأمر بيدك، فطلّقي نفسك"، فإذا اختارت [نفسها][٣] أو طلّقت، تقع واحدة بائنة، ويحلف بالله[٤] ما أراد به الثلاث، لأن العامل لفظة الأمر، وإنها تحتمل الثلاث.[٥]

ولايقال: لما تعذّر أن يجعل الأمر تفسيرا وحكما لما تقدم، يجعل عَطفا، لأنا نقول: حرف الفاء للعلّة، وأمكن جعله علّة، فلايجعل عطفا، ولأنّا لو جعلناه عَطفا، يقع ثنتان، ولو حملناه على ما قلنا، تقع واحدة، فلاتقع الزيادة بالشك.

ولو قال: "اختاري، وأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو

(١) وفي النسخ الأخرى: "منه"

(٢) قال الكاساني: إن الفاء قد تذكر في موضع العلّة، وقد تزكر في موضع الحكم، كما يقال: "أبشر فقد أتاك الغوث"، ويقال: "قد أتاك الغوث فأبشر". «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠، وانظر «أصول السرخسي» ١/ ٢٠٨.

(٣) "ما بين المعكوفتين: "زياده من" (ا) و (ب).

(٤) "بالله" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) قوله: "وإنها تحتمل الثلاث" ساقط من (ا) و (ب).

طلّقت نفسي"[1]، يقع ثنتان بائنتان، لأن المذكور بحرف الواو لايصلح علة، ولاحكما، ولاتفسيرا، فكان عطف التفويض على التفويض. وقوله: "فطلّقي نفسك"، تفسير لهما، فيقع ثنتان.

ولو قال: "وطلّقي نفسك"، والمسألة بحالها، فقالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيء، لأن الثالث لايصلح تفسيرا لما قبله، فبقي إيجابا، وقولها: "اخترت"، لايصلح جوابا للثالث. ولو قالت: "طلّقت"، تقع واحدة رجعية.

ولو قال لها[2]: "أمرك بيدك، فاختاري، فاختاري، فاختاري"، فقالت: "اخترت نفسي"، وقال الزوج: "لم أنو بشيء من ذلك طلاقا"، كان القول قوله، لأن الكلمات كلها مبهمة.

وكذا لو قال: "أمرك بيدك، واختاري، واختاري، واختاري".

وكذا لو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، فأمرك بيدك، فأمرك بيدك"، وكذا لو ذكر بحرف الواو.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو طلّقت"، تقع واحدة بائنة بلفظ الأمر، ويحلف بالله ما أراد به الثلاث، لأن الأمر باليد مبهم، وقوله: "فاختاري"، خرج حكما له[3] أو تفسيرا له، لأنه أخصّ من الأوّل، إلاّ أنه ليس بتامّ لبقاء الإبهام، والاختيار الثاني عطف على التفسير، فكان تفسيرا أيضا،

(١) "نفسي" ساقط من الأصل.

(٢) "لها" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "له" ساقط من النسخ الأخرى.

وقوله: "فطلّقي" تفسير لهما، ومبالغة في البيان، فكان الحكم للأمر.

طعَن عيسى بن أبَان[1] في هذه المسألة، وقال: لاوَجه لتصحيح هذا الجواب[2]، لأن الاختيار الثاني مذكور بحرف الواو، والمذكور[3] بحرف الواو لايصلح تفسيرا، فلايمكن عطفه على الاختيار الأوّل، لأن الأوّل خرج على وجه التفسير، فكان إيجابا.

فعند ذلك إما أن يجعل الاختيار الثاني معطوفا على الأمر باليد، أو يجعل ابتداء كلام مقطوعا عما قبله، ضرورة أن الاختيار الأوّل صار فاصلا بينه وبين الأمر باليد.

فإن جعل عطفا على الأمر باليد، يصير إيجابين، وقولها: "اخترت"، يصلح جوابا لهما، فيقع طلاقان.

وإن جعل كلاما مبتدأ منقطعا عمّا قبله[4]، كان العامل هو الاختيار الثاني، فينبغي أن تقع واحدة، ولايحلف بالله ما أراد به الثلاث، لأن الاختيار لايحتمل الثلاث، فقوله: "يقع واحدة، ويحلف بالله[5] ما أراد به الثلاث"، لايحتمل الصحة.

والجواب عن الطعن[6] ما قلنا: إنّ الاختيار الثاني عطف على التفسير، فكان تفسيرا، ولأنا لو جعلناه عطفا على الإيجاب يقع طلاقان، ولو جعلناه عطفا على التفسير

(١) هو عيسى بن أبان بن صدَقة، القاضي، سبق ترجمته في ص ٤٠٩.

(٢) وفي (ج) و (د): "الوجه".

(٣) "المذكور" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "منقطعا عما قبله" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) "بالله" ساقط من (ج) و (د).

(٦) "عن الطعن" ساقط من (ا) و (ب).

تقع واحدة، فلاتقع الزيادة بالشك، وإنما يحلف، لأنه يحتمل أن يكون هذا[1] عطفا على التفسير، واليمين يبني على الاحتياط، فكان شَرعها أولى من الترك.

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، واختاري، وطلِّقي نفسك"، فكذلك كان العامل هو الأمر. لو قالت: اخترت أو طلَّقت، تقع واحدة بائنة.

من المشايخ من قال: طعَن عيسى بن أبان[2] في هذه المسألة، وقال[3]: لو قالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيئ، ولو قالت: "طلَّقت نفسي"، تقع واحدة رجعيّة، لأن قوله: "وطلِّقي" مذكور بحرف الواو، فلايصلح تفسيرا، فبقي ما قبله مبهما، وقولها: "اخترت" لايصلح جوابا للمفسر.

وجه ظاهر الرواية، ما قلنا: إنّ هذا عطف على التفسير، فيكون تفسيرا.

ولو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، وطلِّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، لايقع شيئ.

ولو قالت: "طلَّقت نفسي"، تقع واحدة رجعيّة بقوله: "وطلِّقي"، لأن قوله: "فأمرك بيدك"، لايصلح تفسيرا، ولاحكما للاختيار، ويصلح عِلّة، وقوله: "وطلِّقي نفسك"، عطف على العلّة، فكان علّة تحقيقا للمشاركة، فبقي ما قبله مبهما، وقولها: "اخترت" لايصلح جوابًا للمفسر.

---

(١) "هذا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "ابن أبان" ساقط من الأصل.

(٣) "وقال" ساقط من الأصل.

فإن قيل: إذا كان الأمر علّة، كان مقدّما معنىً، ولو قدم الأمر في الذكر، فقال: "أمرك بيدك، فاختاري، وطلّقي نفسك"، كان العامل هو الأمر، فكذلك ههنا.

والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أنّ الأمر وإن كان علّة لايحتاج إلى تقديمه في الذكر، فلايقدم.

والثاني: أنّ الاختيار مقدّم من حيث الصورة، ولم يدخل فيه حرف الفاء، وإنما جعل مؤخّرا، ضرورة أنّ الأمر لايصلح تفسيرا له، فلايظهر ذلك في حق العطف، فبقي الطلاق معطوفا على العلّة، وهي الأمر، ولايصير عطفا على التفسير.

ولو قال: "اختاري، فأمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي"، بانت بواحدة، وقد ذكرنا قبل هذا.

وكذا لو قال: "اختاري، فطلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، فاختارت أو طلّقت، تقع تطليقة بائنة، لأنه جعل الأمر علّة للاختيار المفسّر بالطلاق، كأنه قال: "اختاري، فطلّقي نفسك، لأني جعلت الأمر بيدكِ".

ولو قال: "أمرك بيدك، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت نفسي أو طلّقت"، ذكرنا أنه تقع واحدة بائنة، ويحلف على الثلاث، لأن الاختيار تفسير للأمر، والطلاق عطف على التفسير، فيكون تفسيرا.

إذا قال لامرأته في غير غضب، ولاذكرِ طلاق: "أمرك بيدك، فاختاري"، أو "اختاري، فأمرك بيدك"، فالحكم للأمر، حتى تصح نية الثلاث فيه[1]، ويحلف على

(١) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

الثلاث.

وكذا لو قال: "أمرك بيدك، فطلّقي نفسك"، أو "طلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، كان العامل هو الأمر حتى يجاب بالاختيار، لأن الأمر يصلح علِة للطلاق، لأنه إخبار عن المالكية.

ولو قال لها: "اختاري، فطلّقي نفسك"، فقالت: "اخترت"، بانت بواحدة، ولايحلف على الثلاث، لأن قوله: "طلّقي نفسك"، خرج تفسيرا للاختيار.

وكذا لو قال: "اختاري، ما يحبسك أن تطلّقي نفسك".

ولو قال: "اختاري، فاختاري، فطلّقي نفسك"، فاختارت أو طلّقت، يقع طلاقان بائنان، لأن الاختيار الثاني لايصلح تفسيرا للأوّل، ولاعلِة، ولاحكما، فكان حرف الفاء بمنزلة الواو، فيكون إيجابين، وقوله: "فطلّقي" تفسيرا لهما، وقولها: "اخترت أو طلّقت" يصلح جوابا لهما.

وكذا لو قال: "اختاري، واختاري، فطلّقي نفسك".

ولو قال: "اختاري، وطلّقي نفسك، وأمرك بيدك"، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت"، يقع ثنتان، لأن قوله: "وطلّقي نفسك" تفسير للاختيار، و"أمرك بيدك" لم يخرج على وجه العلِة، ولاعطفا على العلِة، فكان إيجابا مبتدأ، ذكر عَقيب ذِكر الطلاق، فيكون طلاقا.

ولو قال: "طلّقي نفسك، فاختاري"، فاختارت نفسها، بانَت بواحدة.

ولو قالت: "طلّقت نفسي"، تَبين بثنتين، لأن قوله: "طلّقي" مفسر، فلم يكن الاختيار تفسيرا له، فكان إيجابا مبتدأ. وقولها "اخترت"، يصلح جوابا لقوله "اختاري"،

ولايصلح جوابا لقوله: "طلّقي"، فتقع، واحدة[1] وقولها: "طلّقت" يصلح جوابا لهما، فيقع طلاقان بائنان، لأن الواقع بالتخيير بائن، فكان الثاني بائنا ضرورة.

فإن قيل: لماذا لايجعل الخيار علّة؟ فيصير كأنه قال: "طلّقي نفسك، لأني جعلت الخيار إليك"، كما لو قال: "طلّقي نفسك، فأمرك بيدك"، كان العامل هو الأمر، ويجعل الأمر علّة، كأنه قال: "طلّقي نفسك لأني جعلت الأمر بيدك".

قلنا: الأمر باليد علّة لملك الطلاق، فأمكن أن يجعل قوله: "طلّقي نفسك لأنّ"[2] أمرك بيدك"، [بمنزلة قوله: "طلقي نفسك لأن أمرك بيدك"][3].

أما الاختيار ففعل المرأة، وفعلها لايصلح علّةً لملك الطلاق، بل ملك الطلاق ينبغي أن يكون سابقا على فعلها في التطليق، فلايمكن أن يجعل هذا بمنزلة قوله: "طلّقي نفسك، لأنى جعلت الخيار إليك"، لأن قوله: "طلّقي نفسك" أمر منه بالفعل، وكذا قوله: "فاختاري"، وأمره لايصلح علّةً لأمر آخر منه ولاجزاء، فتعذّر أن يجعل هذا مجازا عن قوله: "طلّقي نفسك، لأنى جعلت الأمر بيدك".

فأما قوله: "طلّقي نفسك فأمرك بيدك"، الأوّل أمر، والثاني خبر عن مالكية الطلاق، فجاز أن يجعل الأوّل حكما للثانى.

ولو قال في غضب أو ذكر طلاق: "جعلت أمرك بيدك، فأمرك بيدك"، فاختارت نفسها، تقع واحدة بائنة، لأن الأوّل إثبات، والثاني خبر، فيصير الثاني حكما للأوّل،

---

(١) "واحدة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "لأنّ" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) ما بين المعكوفتين: "زيادة من" (ا) و (ب).

كأنه قال: "جعلت الأمر بيدك، فصار الأمر بيدك" . والحال حال مذاكرة الطلاق، فيكون طلاقا بائنا ما لم ينو الثلاث.

ولو قال: "جعلت الأمر بيدك، وأمرك بيدك" ، فاختارت نفسها، يقع ثنتان، لأن الثاني مذكور بحرف الواو، فلايجعل حكما للأوّل، بل يجعل عطفا على الأمر، فيثبت به ما ثبت بالأوّل.

وكذا لو قال: "جعلتك طالقا، وأنت طالق" ، أو قال: "طلّقت امرأتي وهي طالق" ، يقع ثنتان، بخلاف ما لو قال: "جعلتك طالقا، فأنتِ طالق" ، فإنه تقع واحدة[1] لما قلنا.

ولو قال لها: "طلّقي نفسك طلاقا أملك الرجعة، فإني جعلت أمرك بيدك في ثلاث تطليقات بوائن" ، فقالت: "اخترت نفسي" أو "طلّقت نفسي" ، بانت بثلاث[2]، [لأن قوله: "جعلت أمرك بيدك" في ثلاث بيان][3] لما فوّض إليها، وقوله: "طلّقي نفسك طلاقا أملك الرجعة" مشورة، ولايحتملها الأمر، لأن الواقع بالأمر يكون بائنا، فتبطل المشورة، يبقى الثلاث مفوضا إليها، وقولها: "اخترت أو طلّقت" يصلح جوابا لذلك.

ألاترى أن من قال لأجنبي: : طلّق امرأتي، فقد جعلت أمرها بيدك: ، كان تفويضا، حتى يقتصر على المجلس، ولايملك الرجعة، ولو اعتبر قوله: "طلّق امرأتي" ، كان توكيلا، فلايقتصر على المجلس

(١) تقع واحدة رجعية، لأن الثاني ذكر بالفاء، فصار جزاء أو تفسيرا للأول. انظر: «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٣.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٣٦٣.

(٣) "ما بين المعكوفتين: " زياده من" (ا) و (ب).

باب من الطلاق الذي يلحقه الاستثناء

الأصل فيه أنّ المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر وصفاً يَليق بالمستثنى منه، يجعل وصفا للمستثنى منه تصحيحا للوصف[1]، أو يجعل صفةً للكل، تحقيقا للمجانَسة بين المستثنى والمستثنى منه، وإن كان لايليق بالمستثنى منه يبطل[2].

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا، إلاّ

(١) أوضحه الإمام العتابي عند تأصيله للباب بأنه إذا ذكر كلاما، وذكر عقيبه الاستثناء، وذكر عقيب الاستثناء صفة، فالصفة تنصرف إليهما، لأن وصف المستثنى بصفة يكون وصفا للمستثنى منه بتلك الصفة تحقيقا للمجانسة بين المستثنى وبين المستثنى منه، فبعد ذلك ينظر: إن كانت تلك الصفة تصلح صفة للمستثنى منه تعتبر، وإلا فتبطل. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٦.

(٢) تفصيل ذلك أن المتكلم بالاستثناء إذا ذكَر عقيبَه وصفا يليق با لمستثنى، ولا يليق با لمستثنى منه يجعل وصفا للمستثنى حتى يبطل بطلاقه، وإذا ذكر وصفا يليق با لمستثنى منه ولا يليق با لمستثنى، فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يجعل وصفا للمستثنى منه حتى يثبت بثبوته تصحيحا بقدر الإمكان، وبعضهم قالوا: يجعل وصفا للكل تحقيقا لدخوله على الكل، أو تحقيقا للمجانسة بينهما فإن المستثنى من جنس المستثنى منه في الظاهر، وإذا ذكَر وصفا يليق با لمستثنى والمستثنى منه فقد اختلفت عبارات المشايخ فيه أيضا، بعضهم قالوا: يجعل وصفا للكل تحقيقا لدخوله على الكل وتحقيقا للمجانسة، فيبطل المستثنى بوصفه، ويبقى المستثنى منه بوصفه، وقال بعضهم: يجعل وصفا للمستثنى منه لا غير، وهذا كله إذا ذكر وصفا زائدا، أما إذا ذكر وصفا أصليا لا يعتبر أصلا. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٦.

واحدة للسنة" ، يقع تطليقتان سنّيتان[1]، لأن قوله: "للسنة" ، أي لوقت السنة، والإضافة إلى وقت السنة تليق بالمستثنى منه، لأنه هو الواقع دون المستثنى، لأنه يبقى على العدم، والواقع هو الذي يختصّ بالوقت دون المنعدم، أو يجعل صفةً للكل، تحقيقا للمجانسة، كمن قال لفلان: "عليّ ألف إلاّ مائة دينار" ، كانت الجملة من الدنانير.

وكذا لو قال: "أنت طالق ثلاثا إلاّ واحدة غدا، أو إذا كلّمت فلانا" ، كان الوقت والشرط داخلين في الكل، حتى يقع تطليقتان عند الشرط[2].

ولو قال: "أنت طالق ثلاثا البتّة إلاّ واحدة" ، فهي طالق تطليقتين يملك الرجعة، لأن ذكر البتة لايفيد إلاّ التأكيد[3]، لأن قوله: "البتة" أي قاطع[4]، والثلاث لايكون إلاّ

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧.

(٢) فلا يقع شيئ قبل مجيئ الغد والكلام، وعند الكلام ومجيئ الغد يقع ثنتان، لأن الأصل: أن يكون المستثنى منه من جنس المستثنى، فإذا كان المستثنى معلقا أو مضافا إلى الغد، كان المستثنى منه معلقا أو مضافا إلى الغد. كذا قاله قاضي خان في فتاواه، ١/ ٥٠٩، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧ نقلا عن «فتاوى قاضي خان».

(٣) فلا يصير قوله: "البتة" فاصلا بين الاستثناء والأيجاب، والأصل فيه ما ذكره ابن العَلاء في فتاواه: الأصل أن الوصف المذكور على سبيل التاكيد لايصير فاصلا بين الطلاق والاستثناء، ولابين الطلاق والشرط، حتى أن مَن قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا يا فلانة إلا واحدة" تقع ثنتان، ولايصير قوله: "يافلانة" فاصلا. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٧.

(٤) بتّه بتّاً: قطعَه، وبتّ الرجل طلاق امرأته، فهي مبتوتة، والأصل مبتوت طلاقُها، وطلّقها طلقة بتّةً وبَتاتاً، أي: باتة، وبتّها، إذا قطعها عن الرجعة، والبتّةَ: لكل أمر لا رَجعة فيه. «المصباح المنير» ص ٣٥، «القاموس المحيط» ص ١٨٨، مادة: البت.

قاطعا، فكان ذكره وعدم الذكر سواء، ولو[(١)] انعدم، يقع تطليقتان رجعيتان.

وكذا لو قال: "أنت طالق ثلاثا بائنة إلاّ واحدة"، لما ذكرنا[(٢)].

وكذا لو جعل "البتة" نعتا للمستثنى، بأن قال: "أنت طالق ثلاثا إلاّ واحدة بائنة أو بَتّة"[(٣)]، لأن المستثنى من جنس المستثنى منه، فإلحاق هذا الوصف بالمستثنى يكون إلحاقا بالجملة.

ولو قال: "أنت طالق ثنتين البتّة إلّا واحدة"، تَقع واحدة بائنة[(٤)]، لأن ذكر البتّة هنا معتبر، لأن الثنتين لاتكون بَتّة لا محالة، بخلاف الثلاث، فإذا استثنى واحدة بائنة[(٥)]، تبقى[(٦)] واحدة بائنة.

وكذا لوقال: "أنت طالق ثنتين إلا واحدة البتّة"، يجعل "البتّة" صفةً للكلّ، [لما ذكرنا][(٧)] من الفائدة، و"البَتّة" تَصلح نَعتاً للثنتين، كما تصلح نعتاً للواحدة، يقال: ثنتان بَتّة، وثلاث بتّة، فيكون متكلّما بتطليقتين بائنتين، مستثنيا واحدةً منهما، فتقع واحدة بائنة.

---

(١) قوله: "ولو انعدم إلى قوله بعد سطريه" بأنه قال" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨.

(٣) طلّقت تطليقتين رجعيتين أيضا. المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) "بائنة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) في (ا) و (ب): "يقع"

(٧) "لما ذكرنا زيادة من": (ج) و (د).

ولو قال: "أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة، أو بائناً"، فهي طالق[1] واحدة رجعيّة[2]، لأن البائنة والبائن يصلح نعتاً للواحدة دون الثنتين، لايقال: تطليقتان بائنة، وأنما يقال: بائنتان.

فإن عنى بالبائنة الثنتين، فيصرف ذلك إليهما، لأنه نوي مايحتمله كلامه، فإن التثنية تذكر بلفظة الوَحدان. قال الله تعالى: ﴿أنّ السّمٰوَاتِ والأرضَ كانَتَا رَتقاً﴾[3] ولم يقل: رتقَين.

فإذا نوى ذلك، وفيه تشديد على نفسه، يصدّق، وإن كان خطأ، فالمتكلّم قديلحن في الإعراب، فإذا نوى ذلك، يُصدّق فيما فيه تغليظ[4].

ولو قال: "أنتِ طالق [ثلاثا][5] بَوائن إلا واحدة"، يقع بائنتان[6].

فرق بين هذا وبين قوله: "أنت طالق ثلاثا بائنة إلا واحدة"، فإن[7] ثَمّة يقع رجعيّتان[8]، لأن البوائن جمع، والثلاث جمع، والجمع إذا قوبل بالجمع، كان كلّ واحد

---

(١) "طالق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الزيادات» ٣/ ٤٠٨.

(٣) سورة الأنبياء، الآية: ٣٠.

(٤) حيث تطلق واحدة بائنة. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨

(٥) "ما بين المعكوفتين: "زيادة من" (ج) و (د).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥١٠٠، «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٠٨.

(٧) "فإن ثمة يقع رجعيتان ساقط من (ا) و (ب).

(٨) انظر: «فتاوى قاضي خان» ١/ ٥١٠٠.

من آحاد هذا الجمع، مقابلاً بكل واحد من آحاد ذلك الجمع.

بخلاف البائنة، فإنها لاتصلح نعتا للجمع، فجعلت نعتا للواحدة المستثناة، فيبطل.

ولو قال لغيره: "لك عليّ ألف درهم إلا مائة نقد بيت المال"، كان عليه تسع مائة من نقد بيت المال.

ولو قال: "لفلان[1] عليه مائة إلا دينارا"، كانت المائة من الدنانير استحسانا، تحقيقا للمجانسة، ألا ترى أنه لو قال: "لفلان عليّ مائة ودينار"، كانت المائة من الدنانير، مع أن العطف لايقتضي المجانسة، فالإستثناء أولى.

(١) في (ا) و (ب): "لك على مائة إلا دينارا".

باب في الوقتين يقع فيهما الطلاق والفعلين

الأصل فيه: أن المعلّق بالفعلين يقع عند وجود آخرهما[1]، لأنه علّقه بهما، فلو نزل عند أوّلهما، كان معلّقا بأحدهما.

والمضاف إلى الوقتين ينزل عند أولهما[2]، لأنه جعل الوقتين ظرفا، فلو نزل في آخرهما، كان الظرف أحدهما، لا كلاهما[3].

فإن كان أحدهما كائنا، والآخر آت، إن بدأ بالوقت الكائن، وثنّى بالآتي، يقع طلاق واحد فيهما، وإن بدأ بالآتي، وثنّى بالكائن، يقع طلاقان[4]، لما نذكر.

---

(١) وردت هذه القاعدة بصيغة أخرى عند الفقهاء: «الحكم المعلّق بشرطين لايجب بأحدهما والآخر معدوم». وكذلك: "الحكم إذا كان وجوبه معلقا بشيئين لم يجب إلا بورودهما معا". انظر: «معالم السنن» للخطابي، ٢/ ١٦٥، ٤/ ١٥٢، «مجموع فتاوى ابن تيمية» ٢١/ ٣٨٤ كتاب التيمم، «المغني» لابن قدامة، ٤/ ٥٠٧، كتاب الحجر ١٣/ ١١٣.

(٢) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) فصّل في «الفتاوى التاتارخانية»، وذكر أن المعلّق بالفعلين على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يكون الجزاء مقدما على الفعلين، والثاني: أن يكون الجزاء وسط الفعلين، والثالث: أن يكون الجزاء مؤخّرا عن الفعلين. راجع للتفصيل «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

والمعلّق بأحد الفعلين ينزل عند أوّلهما[1]، لأنه لولم ينزل كان معلّقا بهما.

والمضاف إلى أحد الوقتين ينزل في آخرهما[2]، لأنه جعل أحدهما ظرفا، فلو نزل في أوّلهما، كان كلاهما ظرفا.

ولو جمع بين الوقت والفعل، وأضاف إلى أحدهما، فإن وُجد الفعل أوّلا، يقع، ولاينتظر وجود الوقت، وإن وجد الوقت أوّلاً، لايقع ما لم يوجد الفعل[3].

لأن الجمع بين قضية الوقت والفعل متعذّر لما بينهما من المضادّة، فإن قضيّة الجمع بين الفعلين بكلمة "أو"، أن يقع[4] الطلاق[5] بوجود أولهما، وقضية الجمع بين الوقتين بكلمة "أو"[6] وقوعه في آخرهما، فإذا تعذر اعتبارهما ترجّح بالسبق[7].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) الطلاق المضاف إلى أحد الوقتين يقع عند آخرهما، لأن الزوج أوقع الطلاق بأحد الوصفين: الأخف، والأغلظ، وهو التعجيل والتأخير، والمؤخّر أخف من المعجل، ولهذا قالوا من قال لامرأته: "أنت طالق بائنا أو رجعيا"، يقع طلاق رجعي، وكذلك فيمن قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا أو واحدة" تقع واحدة. «الفتاوي التاتارخانية» ٣/ ٤١٧.

(٣) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(٤) في الأصل: "يتعلق" وهو الصحيح.

(٥) في (ا) و (ب): "إن يقع عند أولهما".

(٦) في الأصل: "بكلمة أو".

(٧) أي: بسبب التضاد بين الإضافة والتعليق وجب القول بالترجيح، فرجحنا السابق لأنه لامزاحم له، فيعطى حكمه، ويجعل الآخر تبعا له.

فإذا وجد الفعل أولا يجعل المضموم إليه من جنسه، ويجعل كأن الثاني فعل، فيقع بوجود الأول، وإذا وجد الوقت أولا يجعل كأن المضموم إليه وقت، ولو كان وقتا حقيقة، لايقع عند وجود الأول[١].

وعن أبي يوسف رحمه الله: أيّهما وجد أوّلا يقع الطلاق، ويبطل الآخر، كأنه تكلم بالأول، لا غير، لأن اعتبارهما لايمكن، فيعتبر الأول منهما[٢].

وعن أبي يوسف[٣] في رواية أخرى: إذا وجد الفعل أولا، لايقع حتي يوجد الوقت أيضا، ويشترط وجودهما، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر، فلا بدّ من وجودهما حتى لايقع الشك[٤].

وعلّله القاضي الإمام أبي سعيد البردعي بوجه آخر: بأن مَن أوقع أحد الطلاقين: إما الأخف أو الأغلظ، يقع الأخف، وقد أتى بالمضاف إلى الوقت أو بالمعلق بالفعل، والمعلق أخف من المضاف، لأن المضاف أقرب إلى المنجز، فتعين الأخف ويلغى الوقت. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(١) «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الذخيرة البرهانية»، ٣/ ٤٢٠.

(٢) فالرواية الأولى توافق رأي الإمام محمد، والإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري، صاحب «المحيط البرهاني» ذكر في فتاواه المشهورة «بالذخيرة البرهانية» الروايتين لأبي يوسف، ثم قال في حق الرواية الأولى: "فهذه الرواية توافق ما ذكَر محمد في «الزيادات»". انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢١.

(٣) في النسخ الأخرى: "وعنده".

(٤) روى ابن سماعة هذه الرواية في «نوادره» وقال: سمعت أبا يوسف يقول: إذا قال لامرأته: "أنت طالق إذا دخلت الدار وبعد غد"، فدخلت الدار اليوم، قال: لاتطلق حتى يجيء بعد غد،

إذا عرفنا هذا جئنا إلى المسائل، ، وفي الباب فصول ثلاثة:

إما أن يجمع بين فعلين، أو بين وقتين، أو بين وقت وفعل. وكلّ ذلك على وجوه ثلاثة:

إما أن يذكر بينهما كلمة "أو"، أو يذكر بينهما حرف "الواو"، أوكلمة "في".

أمّا الفصل الأول:

قال محمد [رحمه الله][1]: رجل قال لإمرأته: "أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان"، فأيّهما وجد أوّلاً يقع الطلاق، لأنه علّقه بأحد الفعلين، فينزل عند أوّلهما، لما ذكرنا، ثمّ لايقع بوجود الآخر شيئ، لأن كلمة "أو" في الإثبات تتَناول الواحد، فلايكون ملتزما إلا طلاقاً واحداً[2]

ولو قال: "أنت طالق غداً أو بعد غد"، لايقع حتى يجيئ بعد غد، لأنه أضاف إلى أحد الوقتين، فينزل عند آخرهما[3]، لما ذكرنا.

ولو قال: "أنت طالق[4] رأس الشهر، أو إذا قدم فلان"، فإن قدم فلان قبل رأس الشهر، وقع الطلاق، وإن جاء رأس الشهر ولم يقدم فلان، لايقع حتى يقدم فلان،

قال: وهذا بمنزلة وقتين. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢١.

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من(ج) و (د).

(٢) إلا أن ينوي أن تقع بكل فعل تطليقة، فيكون كما نوى. كذا نقل ابن العلاء عن «الذخيرة البرهانية» انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٣) بناءً على ما سبق أن المؤخر أخفّ من المعجل، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٤) "أنت طالق" ساقط من (ا) و (ب).

فيكون[1] الحكم للفعل، لما ذكرنا أنه إذا جمع بين الوقت والفعل كان المضموم إليه من جنسه.

فإن وُجد الوقت أوّلاً يجعل كأنّ الثاني وقت، وثَمّة[2] لايقع ما لم يوجد الوقتان، وإن وجد الفعل أولاً يجعل كأن الثاني فعل، ولو[3] علّق بأحد الفعلين . . . عند أولهما، لما ذكرنا.

قال محمد رحمه الله: ألا تري أنه لو قال لها: "أنتِ طالق غدا أو إن شئتِ"، فشاءت الساعة، وقع الطلاق، ولاينتظر وجود الغد[4].

ووجه الاستشهاد: أن المشيئة تمليك يتقيّد بالمجلس[5]، فإذا وجدت المشيئة أوّلاً فلا بدّ من اعتبارها، وذلك في وقوع الطلاق.

إلاّ أن بين هذه المسألة وبين ما تقدّم فرقاً من وجه: وهو أن هنا لو لم توجد المشيئة، وجاء غد، يقع الطلاق، بخلاف المسئلة الأولى.

ووجه الفرق: أن المشيئة تَبطل بالقيام عن المجلس، فإذا بطلت المشيئة والمعتبَر أحدهما، تعيّن الوقت، فإذا وجد الوقت يقع، حتى أن في المسألة الأولى لو مات فلان قبل

---

(١) "في (ا) و (ب): "ويكون".

(٢) العبارة في النسخ الأخرى: "فلا يقع إلا بوجود هما" مكان "وثمة.. الوقتان".

(٣) العبارة في النسخ الأخرى: "فينزل فكان ولو علق بأحد الفعلين."

(٤) فيجعل كأن المضموم إلى المشيئة فعل آخر، فكان الطلاق معلقا بأحد الفعلين. «الفتاوى التاتارخانية» نقلا عن «الزيادات». ٣/ ٤٢١.

(٥) تفويض الطلاق يتقيد بالمجلس، وقد سبق بيانه تعليقا بالتفصيل، فليرجع ٢/ ٤٢٨.

القدوم. ثم جاء رأس الشهر، يقع أيضا.

وأما الفصل الثاني:

إذا ذكر بحرف الواو، فإن جمع بين الوقتين، فقال: "أنت طالق غداً وبعد غد"، فجاء غد، يقع الطلاق، ولا ينتظر وجود بعد غد، لأنه جعل الوقتين ظرفاً، وإنما يحصل ذلك بوقوع الطلاق في أولهما.

ولا يقع إلا واحدة، لأنها إذا اتصفت بالطلاق في الوقت الأول، تكون موصوفة في الوقت الثاني، فلاضرورة إلي وقوع طلاق آخر، فإن نوى ذلك، صحّت نيته، ويتكرّر الطلاق، لأنه نوى إضمار كلمة "في"[1].

وكذا لو قال: "أنت طالق الساعةَ وغداً"، يقع في الحال واحدة[2]، ثمّ لايقع غداً أخرى إلا أن ينويَ ذلك لما قلنا.

وإن جمع بين الفعلين، فقال: "أنت طالق إذا قدم فلان، وإذا قدم فلان"، أو ذكر

(١) قال السرخسي في مسألة لوقال: "أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد": فإن لم يكن له نية فهي واحدة، لأن بوقوع الواحدة عليها تتصف بالطلاق في هذه الأيام، وإن نوى ثلاثا فهو كما نوى، وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلاثا في اليوم الثالث، إما لإضمار حرف "في" أو لإضمار التطليقة. «المبسوط» ٦/ ١٤٢، وانظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٢) هذا نظير ما لوقال لامرأته: "أنت طالق اليوم وغدا"، يقع الطلاق في اليوم، لأنه جعل الوقتين جميعا ظرفا لكونهما طالقا، ولن يكون الوقتان جميعا ظرفا إلا عند الوقوع في أولهما، لأنه لو تأخّر الوقوع إلى الغد، لكان الظرف أحدهما. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٣٤.

بكلمة "إن" أو "متى"، فأيهما قدم، يقع، ولاينتظر قدوم الآخر[1]، لأن قوله: "أنت طالق إذا قدم فلان" يمين تامّ لوجود الشرط والجزاء، وحكمها وقوع الطلاق عند وجوده وانحلال اليمين، والشرط الثاني كامل من حيث الشرطيّة، ناقص من حيث أنه لا جزاء له.

فإذا عطف الثاني على الشرط الذي تعلّق الجزاء به، والعطف يقتضي المشاركة في الحكم، صار الجزء الأول بحكم العطف متعلّقا بالثاني، حسب تعلّقه بالأوّل، كأنه قال: "وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطليقة"، تحقيقاً للاشتراك.

وكذا إذا خلّل الجزاء بين الشرطين[2]، فقال: "إذا قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان"، أيّهما قدم، يقع الطلاق[3] لما ذكرنا في الوجه الأول.

وإذا قدما، لايقع إلا طلاق واحد، لأن المعلّق بالثاني عَين ما تعلّق بالأول، لا غيره، تحقيقاً للمشاركة من كل وجه، والمعلّق بالشرط يصحّ تعليقه بشرط آخر، وإذا نزل بوجود الشرط الأول، بطل الثاني لفوات الجزاء، كما لو علّق الثلاث بشرط ثمّ علّقها بشرط آخر.

وإن نوَى أن يقعَ عند كلّ فعل تطليقة على حدة، صحت نيته[4]، لأنه نوى الإضمار، كأنه قال: "وإذا قدم فأنت طالق تطليقة أخرى"، وفيه تغليظ عليه، فيصحّ.

وإن أخّر الجزاء، فقال: "إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق"، لايقع الطلاق

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٢) أي: يكون الجزاء وسط الفعلين. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٣) "الطلاق" ساقط من (ج) و (د).

(٤) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

حتى يقدما[١].

لأن قوله: "إذا قدم فلان" شرط مَحض، لا حكمَ له، فإذا عطف الثاني عليه، وحُكم الأوّل أنه شرط محض، فكذلك الثاني بحكم العطف، فإذا ذكر الجزاءَ تعلّق بهما، وصارا شرطاً واحداً، فلايقع بوجود أحدهما، لأنه لو وقع بوجود أولهما، صار الثاني عطفا على اليمين التامّ، لا على الشرط، ولو وقع بوجود الثاني، كان هذا عطف اليمين على الشرط، وفيه إبطال الأول وإلغاؤه، فلايجوز، فتعلّق الجزاء بهما.

فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما، صحّت نيته، لأنه أمكن تصحيح نيته بتقديم الجزاء على أحد الشرطين، وفيه تغليظ على نفسه، فيصحّ.

هذا إذا أعاد كلمة الشرط، فقال: "أنت طالق إذا دخلت الدارَ وإذا دخلت الدارَ"، فإن لم يُعد حرف الشرط، فقال: "أنت طالق إذا دخلت الدارَ و دخلت الدارَ"، لايقع الطلاق بدخول دارٍ واحدة[٢]، لأنه إذا لم يُعد حرف الشرط، تَعذّر جَعل الثاني شرطاً كاملاً.

وكذا إذا وسّط الجزاء، ولم يُعد حرف الشرط، بخلاف ماتقدّم، إلاّ أن ينويَ وقوع الطلاق بأحدهما، لأنه نوَى إضمار كلمة الشرط.

ولو جمَع بين الوقت والفعل، وأضافه إليهما، فقال: "أنت طالق الساعةَ وإذا جاء

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

(٢) أوضحه ابن العلاء بأنه إن لم يذكر حرف الشرط الثاني بأن قال لها: "أنت طالق إذا قدم فلان وفلان" فهذه يمين تامة، وفي الذخيرة: يشترط قدومهما لوقوع الطلاق. «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

غد"، أو قال: "أنت طالق غداً وإذا قدم فلان"، فهما طلاقان[1]: أحدهما مضاف إلى الغد، والثاني معلّق بالقدوم، لأن الجمع بين الإضافة والتعليق متعذّر لاختلاف حكمهما، فإن التعليق يمين، والإضافة ليست بيمين، فلايمكن جعلهما تصرّفاً واحداً، ولاوجهَ إلى إبطال أحدهما، لأنه التزَمهما، بخلاف ما إذا ذكر بحرف "أو"، لأن ثَمّة الملتزم أحدهما.

وإذا وجب اعتبارهما يصير كأنه قال: "أنت طالق غداً وإذا قدم فلان فأنت طالق تطليقة أخرى".

وكذا في قوله: "أنت طالق الساعةَ وإذا قدم فلان"، يقع للحال واحدة، وتتعلّق الأخرى بالقدوم، ويكون حرف الواو للابتداء، لا للعطف والاشترك، لأن ذلك إنما يكون في الجنس الواحد، لا في الجنسين المختلفين.

رجل قال لإمرأته في الليل: "أنت طالق في ليلك ونهارك"، يقع للحال واحدة، ولايقع بعد ذلك أخرى[2]، لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين، حيث جعلهما ظرفا واحداً، والوقت يصلح ظرفاً لوقوع الطلاق فيه، فيقع للحال واحدة تحقيقاً للوصف[3].

---

(١) انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤٢٠.

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) زاد الإمام العتابي بعض الأصول والضوابط في فاتحة الباب التي تتعلق بالمسائل التي ترد فيها كلمة "في" فقال: أصل الباب أن كلمة "في" للظرف حقيقة، فتعمل به، فإن تعذّر حملها على الظرف يحمل على الشرط، فإذا دخل في الوقت كان للظرف، لأن الوقت يصلح ظرفا، ثم بعد ذلك ينظر: إن ذكر وقتين، وأدخل كلمة "في" في أولها، كانا ظرفا واحدا، فيكون المظروف واحدا، وإن دخل في كل وقت صار كل وقت ظرفا على حده، فيستدعي مظروفا على حده،

ثمّ لايقع أخرى، بعد ذلك[1] لأن الواقع في الحال يبقى في الزمان الثاني، فكانت موصوفة بالطلاق في الوقتين بذلك الطلاق، فلايقع طلاق آخر، إلا أن ينويَ ذلك، فيكون على مانوى[2]، لإنه نوى ما يحتمله لفظه بإضمار كلمة "في"، كأنه قال: "أنتِ طالق في ليلك وفي نهارك".

وكذا لو قال في النهار: "أنت طالق في نهارك وليلك"، يقع للحال واحدة، ثمّ لايقع أخرى إلا أن ينوي[3]، لما قلنا.

هذا إذا بدأ بالكائن، وثـنّى بالآتي، وإن بدأ بالآتي، وثـنّى بالكائن، بأن قال في الليل: "أنتِ طالق في نهارِك وليلكِ"، يقع تطليقتان: واحدة للحال، وأخرى إذا طلع الفجر[4].

لأن قوله: "أنت طالق في نهارك" إضافة إلى وقت في المستقبل، فيتوقّف وقوعها على مَجيء ذلك الوقت، وقوله: "وليلك" وصف لها بالطلاق في الحال، لإنه عطَف الوقت المذكورَ آخراً، على المذكور أوّلا، ولم يذكر له خبراً، فصار خبر الأول خبرا للثاني

ومتى دخل في الفعل كان للشرط، لأن الفعل لايصلح ظرفا، ثم بعد ذلك ينظر: إن دخل كلمة "في" في أولها كانا شرطا واحدا، وإن دخل في كل واحد منهما كان كل واحد منهما شرطا بنفسه. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٣٦.

(١) "بعد ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٣) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

(٤) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

تحقيقا للشركة، وهي لاتوصف بالطلاق في الحال بتطليقة مضافة إلى الغد، فاقتضى وقوعَ تطليقة أخرى تنجيزاً، وتنجيز الطلاق في الحال لايمنع بقاء الإضافة الأولى، وإذا بقيت الإضافة، تقع أخرى في وقتها.

فإن عنى وقوع طلاق واحد في الوقتين، دُيّن فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه نوى ما يحتمله لفظه بالتقديم والتأخير إلا أنه خلاف الظاهر، وفيه تخفيف، فلايصدّق قضاءً.

وكذا لو قال في النهار: "أنت طالق في ليلك ونهارك"، يقع تطليقتان لما قلنا.

ولو قال لامرأته: "أنت طالق في قيامكِ وقعودكِ" وهي مضطجعة، فقعدت، لم تطلق حتى تقوم[1].

وكذا إذا قامت ولم تقعد، لم تطلق حتى تقعد، لأنه أدخل كلمة الظرف على القيام والقعود، والفعل لايصلح ظرفاً على معنى أنه يوجد فيه، فلايمكن العمل بحقيقة "في"، فيجعل مجازاً عن الشرط، صار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمت وقعدت"، ولو صرّح بذلك كانا شرطا واحدا، ويتعلّق الطلاق بهما، ولاينزل عند أحدهما، كذلك هنا.

ولو قال لها وهي مضطجعة: "أنت طالق في قيامك وقعودك"، فقعدت أو قامت، طلّقت، وأن قامت وقعدت، لاتطلق إلا واحدة، لأن كلمة "في" جعلت مجازا عن الشرط لما ذكرنا، فصار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمت وإذا قعدت"، [ولو صرّح بذلك، يتعلّق بأحد الفعلين، وإذا وُجدا لايقع إلا واحدة لما ذكرنا.

وإن نوى أن يقع طلاقان، فهو على مانوى، لأن كلمة "في" لمّا جعل مجازاً عن

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٨.

الشرط، صار كأنه قال: "أنت طالق إذا قمتِ] [1] وإذا قعدتِ فأنت طالق تطليقة أخرى"، كذلك هنا.

ولو كانت قاعدةً فقال لها: "أنت طالق في قيامك وقعودكِ"، أو قال: "في قعودكِ وقيامكِ"، لم تطلق حتى تلبث ساعةً ثمّ تقوم، ولو قامت من ساعتها، لم تطلق حتى تَقعد بعد ذلك.

وكذا لو كانت قائمةً، فدَامت على ذلك، لأن القعود والقيام ممّا يستدام، والدوام على مايستدام بمنزلة الإنشاء، قال الله تعالى: ﴿فَلاتَقْعُد بَعْدَ الذكْرَى مَعَ القَومِ الظَّالمين﴾ [2] وأراد به المكث.

فإذا دام على القيام أو القعود، كان ذلك كابتداء القيام والقعود، فيحنث، وبدون ذلك لايحنث، ولايكتفى بما سبق، لأن الشرط يُراعى في المستقبل، لا في الماضي.

وكذا لو قال: "أنت طالق في أكلك وفي شربك"، فأيّهما وجد، يقع الطلاق [3]، ولو فعلتهما، لايقع إلا واحدة، إلا أن ينويَ ثنتين.

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، وجاء في الأصل مكان المعكوفتين: "وثمة لو نوى وقوع الطلاقين يصح كأنه قال".

(٢) سورة الأنعام، الآية: ٦٨.

(٣) لأنه جعل كل فعل شرطا على حدة. انظر «الفتاوى التاتارخانية» ٣/ ٤١٩.

كتاب العتاق(١)

باب من العبدين يعتق أحدهما على مال أو يعتق كل واحد منهما على مال

بني الباب على أصول:

منها: ما عرف في كتاب الطلاق: أن جهالة المَحل لاتمنع الطلاق والعتاق(٢)،

---

(١) "العتق": الحرية، و الخروج عن المملوكية، يقال: عتَق العبدُ عِتقا وعَتاقا، وهو عَتيق، وجمعه: عُتقاء، وعِتاق، مثل كِرام، وأعتقه مولاه، وقد يقام العتق مقام الإعتاق، والعِتق اسم منه، وهو في أصل اللغة: القوة مطلقا، يقال: عتق الفرخ، إذا قوي وطار، والإعتاق: إحداث القوة.
والعتق في الشرع: هو إثبات القوة الشرعية التي يصير بها المعتَق أهلا للشهادات والولايات، قادرا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه. كذا في «درر الحكام في شرح غرر الأحكام» لملا خسرو ٢/ ٢، وعرّفه السرخسي بأنه: عبارة عن إحداث المالكية والاستبداد للآدمي، ومن ضرورته انتفاء صفة المملوكية والرق، ولهذا يتعقبّه الوَلاء الذي هو كالنسب. انظر: «المغرب» ٢/ ٤١، «المصباح المنير» ص ٣٩٢، «أنيس الفقهاء» ص ١٦٨، «المبسوط» ٧/ ٦٠، «تبيين الحقائق» ٣/ ٦٦.

(٢) قد ذكر الإمام محمد رحمه الله بعض أحكام هذا الباب في "باب الطلاق الذي يقع على واحدة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها والعتاق في ذلك"، فصل في العتق المبهم، راجع ص ٢٩٤ من كتاب الطلاق.

ويرجع في البيان إلى المبهم[1].

وإذا فات البيان بموته، يُوزّع على اعتبار الأحوال، إلا أن أحوال الرّقّ والحرمان أحوال باتفاق الروايات، وأحوال الإصابة حالة واحدة في عامة الروايات، وفي رواية هذا الكتاب أحوال الإصابة أحوال بمنزلة أحوال الرق[2] والحرمان.

وقيل: هو قول محمد رحمه الله، ووجهه أن في إصابة العتق حرمان الورثة، وأحوال الحرمان أحوال، وفي عامة الروايات فرق بينهما.

ووجه الفرق: أن إصابة الشيء بأسباب ممتنع، فإن المصاب بجهة، لايتصوّر إصابته بجهة أخرى، إذ لايتصور أن تكون العين الواحدة في حالة واحدة مملوكة بجهة البيع[3] والهبة.

وكذا من عتق بحال، لايتصور أن يعتق بحال آخر، بخلاف الحرمان؛ فإن الشيء الواحد جاز أن يكون ممنوعا عنه بأسباب: من الصوم، واليمين، وملك الغير، وكونه خمرا، فتَجتمع أسباب المنع على شيء واحد.

وأصل آخر: أن ما لايفيد من الكلام لايعتَبر[4]؛ لأن الكلام وُضِع للإفادة، فما

---

(١) في (ج) و (د): " إلى المبهم في البيان ".

(٢) "الرق" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "البيع" زيادة من(ج) و (د)، وساقط من الأصل.

(٤) بناء هذه القاعدة ترجع إلى قاعدة رئيسية: «إعمال الكلام أولى من إهماله» مادة: ٦٠، وقاعدة أخرى: «إذا تعذّر إعمال الكلام يُهمل» مادة: ٦٢، «مجلة الأحكام العدلية»، وانظر: «الأشباه

لا يفيد يكون لغواً[1].

وأصل آخر: أن من عليه أحد المالين، إن كانا من جنس واحد يلزمه الأقلّ، لوقوع الشك في الزيادة[2]، ولا يخيّر؛ لأنه يختار الأقل، فلايفيد التخيير، فإن كانا من جنسين يخيّر؛ لأن التخيير مفيد.

وأصل آخر: أن الإعتاق ببدَل يتوقّف على القبول؛ لأن فيه الزام المال، فيتوقف على قبوله، والإعتاق بغير بدل إسقاط محض يتمّ بالمسقط.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل قال لعبدَيه: "أحدكما حُرّ على ألف"، فقالا: "قبِلنا"، ثم قال: "أحدكما حُرّ على خمس مائة"، فقالا: "قبِلنا"، ثم مات قبل البيان.

عتق من كل واحد منهما نصفه بنصف الألف، وبطل الكلام الثاني؛ لأن الكلام الأول توقّف على القبول، فإذا قبِلا نزل العتق في أحدهما لوجود شرطه، وهو قبول مَن تناوله الإيجاب؛ لأنه تناول أحدهما غير عين، وفي قبولهما قبول ذلك الواحد[3]، وبطل

والنظائر» لابن نجيم ص ١٣٥، «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ١٢٨.

(١) قوله: "ما لايفيد يكون لغوا"، ذكر الكاساني هذه القاعدة بعبارة: "ما لا فائدة فيه يلغو، ويلحق بالعدم". انظر «بدائع الصنائع» ٦/٩٨.

(٢) ذكر العتابي هذا الضابط بصيغة: "متى تردّد بين الأقل والأكثر، ثبت الأقل، لأنه متيقن". «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٣٧.

(٣) في (ج) و (د): "إحدهما" مكان "ذلك الواحد".

الكلام الثاني؛ لأنه جمع بين حُرّ وعبد، فكان كلامه خبرًا، فلايجعل إيجابًا.

ولايقال: إنما جعل خبرًا إذا ذكر المال الأول.

قلنا: يحتمل أنه أراد به الخبر بحَطّ بعض الألف، فلايجعل إيجاباً بالشكّ، وإذا بقي الكلام الأول، فما دام حيًا يرجع في البيان إليه؛ لأنه هو المبهم.

وإذا مات قبل البيان شاع العتق فيهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، لأن كل واحد منهما يعتق في حال، ويرق في حال، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، وإذا تنَصّف العتق بينهما تنصّف المال؛ لأنه بيع.

ولو قال: "أحدكما حُرّ على ألف، أحدكما حُرّ على مائة دينار"، فقالا: "قد قبلنا"، فالخيار إلى المولى، إن شاء أوقَع العتق على أحدهما بالمالَين، وإن شاء أوقع عليهما بالمالين؛ لأن الإيجابين قد صَحّا.

أما الكلام[1] الأول، فظاهر، وكذا الكلام[2] الثاني؛ لأنه وجِد قبل القبول، والعتق ببدَل لاينزل قبل القبول، فكانا عبدين عند الكلام الثاني، وإذا صَحّا، فإذا قبلا انصرف قبولهما إلى الكلامين؛ لأن القبول الواحد يصلَح قبولاً لإيجابات كثيرة.

ألاترى أن من قال لآخر: "بعت منك هذا العبد بألف درهم، وأجرت منك هذه الدار بكذا، وزوجتك أمَتي هذه بكذا"، فقال: "قبِلت"، كان جوابا للكلّ.

وكذا لو قال لامرأته: "أنت طالق ثلاثا بألف، أنت طالق ثلاثا بمائة دينار"، فقالت:

---

(١) "الكلام" ساقط من (ج) و(د).

(٢) "الكلام" ساقط من (ج) و(د).

"قبلت"، يقع الطلاق الثلاث بالمالين.

وكذا لو قال لها: "أمركِ بيدكِ بألف، أمركِ بيدكِ بغير شيءٍ"، فقالت: "اخترت نفسي"، يقع طلاقان، ويلزمها الألف.

وكذا لو قال: "اختاري اختاري اختاري"، فقالت: "اخترت الأولى أو الوسطى أوالأخيرة"، عند أبي حنيفة يقع الثلاث[1].

وإنما يخيّر المولى لاحتمال أنه أراد بالكلام الثاني عَين الذي أراده بالكلام الأول، فيعتق ذلك الواحد بالمالين؛ لأن التعليق لايمنع التعليق، كما لو خاطَبه، وقال: أنت حُرٌ على ألف درهم، أنت حُرٌ على مائة دينار، فقال: قبلت، يعتق بالمالين.

ويحتمل أنه أراد بالكلام الثاني غير الذي أراد بالكلام الأول، فيعتقان بالمالين، فكان محتملا، والتخيير مفيد، إلاأنه إن أوقع العتقَ على أحدهما بالمالين، يتّحد ولكن لايصل المال إليه سريعاً.

ولو أوقع عليهما يتعَدّد العتق، لكن يصل المال إليه سريعا، فكان التخيير مفيدًا.

(١) يقع الثلاث في قول الإمام أبي حنيفة، وعندهما تقع واحدة، وجه قولهما: أنها ما أوقعت إلا واحدة، فلا يقع إلا واحدة، لأن الوقوع باختيارها، ولم يوجد منه إلا اختيار واحدة، فلا تقع به الزيادة على الواحدة، ولأبي حنيفة: أن الزوج ملّكها الثلاث جملة، والثلاث جملة ليس فيها أولى ولا وسطى ولا أخيرة، فقولها: "اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة"، يكون لغوا، فيبطل تعيينها، ويبقى قولها "اخترت"، وإنه يصلح جوابا للكل. انظر «بدائع الصنائع» ٣/ ١٢٠.

فرق بين هذه المسألة وبين ما لو قال لغيره: بعت عبدي منك[١] بألف درهم، ثم قال قَبل القبول: بعت عبدي منك بمائة دينار، فقال قبلت[٢]، فإنه يلزمه المال الثاني ولا يلزمه المالان[٣]، والفرق أن البائع بالكلام الثاني قصَد إقامة الثمن الثاني مقام الأول، فصار راجعا ثمن الكلام الأول، فإنه يملك الرجوع قبل قبول المشترى، فبطل الكلام الأول.

أما في الطلاق والعتاق: الزوج والمولى لايملكان الرجوع قبل قبول المرأة والعبد؛ لأن كلاهما بمنزلة اليمين في حقهما، واليمين لازم، ولهذا لا يبطل الكلام بقيامهما عن المجلس، وإذا بقي الكلام الأول كان الحكم ما قلنا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أن في الطلاق والعتاق يبطل الكلام الأول أيضًا، وينصرف القبول إلى الكلام[٤] الثاني كما في البيع؛ لأن المولى والزوج لايملكان الرجوع عن الطلاق والعتاق، وهنا لايرجعان عن الطلاق والعتاق، وإنما يرجعان عن البدل، ويقيمان البدل الثاني مقام الأول، وهما يملكان إبطال البدل، ألاترى أنه لو قال لها: "أنت طالق ثلاثا بألف، أنت طالق ثلاثا بغير شيء"، يقع بغير شيء، ويبطل البدل.

أو نقول: إن كانا لايملكان الرجوع عن البدل فالمرأة والعبد يملكان الردّ، وقد وجد الردّ؛ لأن قبولهما ينصرف إلى الكلام الثاني من حيث الظاهر، فكان ردًا للكلام الأول.

---

(١) في (ج) و (د): "منك عبدي".

(٢) في (ج) و (د): "فقبل".

(٣) قوله: "ولا يلزمه المالان" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنهما كما لايملكان الرجوع عن التعليق، لايملكان التغيير؛ لأنه إبطال من وجه، وفي إقامة الشرط الثاني مقام الأول إبطال موجَب الكلام الأول؛ لأن موجب الكلام الأول نزول العتق عند قبول الألف، ولو صحّ إقامة الثاني مقام الأول لاينزل العتق عند قبول الألف.

وما قال: بأن قبول المرأة والعبد عقيب الكلام الثاني ردّ للكلام الأول. قلنا: إنما ينصرف القبول إلى الكلام الثاني إذا بطل الكلام الأول قبل القبول. ولم يبطل لما ذكرنا، فانصرف القبول إلى الكل.

ولو قال لعبدين له: أحدكما حرّ بألف، أحدكما حُرّ بمائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان، شاع العتق فيهما، وعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ووجب المالان، على كل واحد منهما نصف المالين، ويسعى كل واحد منهما في ربع قيمته.

لأنه إن أراد بالإيجاب الأول والثاني واحدا، عتق الواحد بالمالين، وإن أراد بالكلام الثاني غيرَ الذي اراده بالأول[1]، عتقا جميعا[2] بالمالين، فتيقنّا بعتق رقبة، وبقي عتق الآخر متردداً بين الثبوت والسقوط، فيتنصّف، فيعتق رقبة ونصف بينهما، لكل واحد منها[3] ثلاثة أرباعه، وعلى كل واحد منهما نصف المالين؛ لأن الإيجاب الثاني إن تناول الأولَ وجب المالان على واحد، وإن تناول الآخرَ وجب المالان عليهما، فتيقنّا بوجوب المالين

(١) قوله: "الذي اراده" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "منهما"

عليهما. وليس أحدهما بإيجاب أحدِ المالين أولى من الآخر، فيجب على كل واحد منهما نصف المالين.

ولو قال لمعيّن منهما: أنت حُرّ على ألف، أحدكما حُرّ على مائة دينار، فقبلا، ومات المولى قبل البيان، عتق المعيّن بألف درهم وخمسين ديناراً، وعتق نصف الآخر بخمسين دينارا، ويسعى في نصف قيمته.

أما المعيّن: فلأنا تيقنّا بعتقه؛ لأنه دخل في الكلام الأول، واتصل به القبول، وإنما يلزمه المال الأول ونصف المال الثاني لأنا تيقنّا بوجوب الألف عليه، والدنانير تلزمه في حال إن كان هو المراد بالكلام الثاني، ولاتلزمه إن كان المراد بالكلام الثاني غيره، فيلزمه نصفها.

أما الآخر: يعتق نصفه؛ لأنه إن أراده بالكلام الثاني يعتق، وإن أراد المعيّن لايعتق الثاني، فالثاني يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه بنصف المال الثاني، ويسعى في نصف قيمته. فإن أشكل العبد المعروف، وهو[1] المعيّن، ثبت عتق ونصف بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين، لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو قال لعبديه في صحته: أحدكما حُرّ بألف درهم، والآخر بخمسمائة، فقبلا، عتقا، ويجب على كل واحد منهما خمسمائة، ولاخيارَ للمولى، أما عتق العبدين[2] لأن الإيجاب الثاني تناول غير الأول، وقد اتصل القبول بالإيجابين، فعتقا، وعلى كل واحد

---

(١) "المعروف وهو" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "عتقهما".

منهما خمسمائة؛ لأن على أحدهما ألف، وعلى الآخر خمسمائة، فتيقنّا بوجوب الخمسمائة على كل واحد منهما، وشككْنا في الزيادة، فلاتثبت الزيادة بالشكّ.

كرجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا ألف، وعلى الآخر خمس مائة"، كان على كل واحد منهما خمسمائة، ولاخيار للمولى؛ لأنهما خرجا عن ملكه، فإنما يملك البيان في العتق المبهم لتمييز المملوك عن الحُرّ، فلايملك بعد عتقهما.

ولو قال: "أحدكما حُرّ على ألف، والآخر بغير شيئ"، فقبلا، عتقا بغير شيئ، أما العتق: لأن الإيجاب الثاني تناول غير الأول، ولايجب المال؛ لأن مَن عليه المال مجهول، فلايجب المال على كل واحد منهما[1] بالشك والاحتمال[2]، كرجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا ألف"، لايقضي بشيئ لجهالة مَن عليه.

فرق بين هذه المسألة وبين ما تقدّم، إذا قال: "أحدكما حُرّ بألف، أحدكما حُرّ بمائة دينار"، فقبلا، كان له الخيار؛ لأن ثمّة لم يتيقن بنزول العتق فيهما، فيثبت الخيار لتمييز المملوك عن غير المملوك، وإذا ثبت الخيار في العتق، ثبت في المال تَبعا.

أما هنا: نزل العتق فيهما، فلو ثبت الخيار في المال، يثبت أصلا، والمال لايقبل التعليق بالخطر، فلايقبل التعليق بالبيان.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف، والآخر بألفين"، فهو على وجهين: إما إن قبلا، أو قبل أحدهما، فإن قبلا، عتقا لما قلنا، وعلى كل واحد منهما ألف لما قلنا.

---

(١) قوله: "المال على كل واحد منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "والاحتمال" ساقط من (ج) و (د).

وإن قبِل أحدهما، فهو وجوه ثلاثة: إما إن قال: "قبلت العتق بألف"، أو قال: "قبلت بألفين"، أو قال: "قبلت" ولم يزِد عليه.

ففي الوجه الأول لايعتق؛ لأن للمولى أن يقول: "ما عَنَيتك بألف"، فلايعتق، كما لو قال: "أحدكما حُرّ بألف"، فقبِل أحدهما لايعتق، كذلك هنا.

ولو قال: "قبلت العتق بألفين"[1] عتق، لأنا تيقنا بقبول ما تعلق العتق به، سواء تعلق بألف أو بألفين؛ لأن في قبول الألفين قبولا للألف وزيادة، ولايلزمه الألف؛ لأن في وجوب الزيادة شكًا.

قيل: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة يجب أن لايعتق؛ لأن الألف غير الألفين، فقبول الألفين لايكون قبولاً للألف، وجعلوها فرعا لمسألة الشهادة.

ولو قال: "قبلت"، ولم يزد عليه[2] عتق أيضا؛ لأن القبول المطلق يصلح قبولا لهما، وعليه الألف؛ لأن في الزيادة شكا، فلايجب، كما لو قال لعبده: "أنت حُرٌ على ألف أو ألفين"، فقال: قبلت[3]، عتق، وعليه ألف.

وكذا لو قال لأمرأته: "أنت طالق على ألف أو ألفين"، فقبلت، يقع الطلاق ويلزمها الألف. وكذا لو قال لغيره: "لك عليّ ألف أو ألفان"، لزمه الأقل.

---

(١) قوله: "ولو قال قبلت العتق بألفين" ساقط من (ج) و (د)، وثبت مكانه: "وفي الوجه الثاني يعتق".

(٢) "ولو قال قبلت ولم يزد عليه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "فقبل"

ولو قال: "أحدكما حُرٌّ بمائة دينار والآخر بألف درهم"، فقال أحدهما: "قبلت بألف درهم"، أو قال: "قبلت بمائة دينار"، لم يعتق، لأن للمولى أن يقول: "ما أردت إيّاك بهذا المال، وإنما أردتُك بالمال الآخر".

ولو قال أحدهما: "قبلت بالمالين"، أو قال: قبلتُ، وسكت، عتق، لأن القبول المطلق ينصرف إلى المالين، فبأيّ الإيجابين أريد فقد قبل، ويعطي العبد أيّ المالين شاء، لأن الواجب أحد المالين[1]، والجنس مختلف، فكان الخيار لمن عليه، لأنه هو الملتزِم، كرجل قال لآخر: "لك عليّ ألف درهم أو مائة دينار"، كان البيان إليه.

ولو قال: "أحدكما حُرٌّ بألف درهم، والآخر بغير شيء"، فقال أحدهما: "قبلت بألف"، عتق، لأنه إن أراده بالإيجاب بغير بدل، لايتوقّف على القبول، وإن أراده بالإيجاب بمال، فقد قبل، فتيقنّا بالحُرّية، فيعتق الذي قبل.

ويقال للمولى: أوقِع العتقَ بغير بدل على أي العبدين[2] شئتَ، لأن الأمر متردّد بين أن يعتق أحدهما أو كلاهما، لأنه إن أوقَع العتقَ بغير بدل على القابل، لايعتق الآخر لعدم القبول.

وإن أوقع العتق بغير بدل على الذي لم يقبل، عتق القابل أيضا بالإيجاب ببدل، فإذا وقع الشكّ في عتق الثاني، يرجع في البيان إليه.

فإن أوقع العتق بغير بدل على الذي قبل، عتق هو بغير شيء، ويبقى الآخر عبدا،

(١) في (ج) و (د): "أحدهما"

(٢) في (ج) و (د): "ايهما".

وإن أوقعه بغير بدل على الذي لم يقبل، عتق هو بغير شيئ، وعتق القابل بألف لوجود القبول.

ولو مات المولى قبل البيان، وكانت المقالة في الصحّة، عتق من الذي لم يقبل نصفُه بغير شيئ، ويسعى في نصف قيمته، لأنه يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه، وعتق الآخر كله بخمسمائة، لأنه حُرّ على كل حال، ويلزمه خمسمائة، لأن عليه الألف في حال دون حال، فيلزمه نصف الاول[1].

فإن قيل: هذا إيجاب المال بالشكّ، لأنه إن أريد بالإيجاب بغير شيئ، لاشيئ عليه، وإن أريد بالكلام الآخر، عليه ألف، فلايجب المال بالشك.

قلنا: ليس كذلك، لأن الإيجابين قد صحا، وتناول كلّ واحد منهما عبدا، واستحقّ كل واحد منهما عتق رقبة، فإذا وقع اليأس عن البيان بموت المولى، شاع العتقان فيهما، أحدهما ببدل، والآخر بغير شيئ، فصار العتق بغير بدل بينهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شيئ، والعتق بمال أيضا بينهما، وقد قبِل أحدهما، فيثبت له حُرّية النصف بنصف الألف، وبطل في حق الآخر لعدم القبول، فلايعتق منه إلا النصف بغير شيئ.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف والآخر بمائة دينار"، فقبِلا، عتقا ولاشيئ عليهما، لأنه علّق عتقهما بالقبول، وقد وجد.

وأما عدم وجوب المال جواب ظاهر الرواية.

---

(١) في (ج) و (د): "نصفه"

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب المال، والخيار إلى العبدين، يعطي أيّ المالين شاء، وجعل هذا نظير ما لو قال لعبده: "أنت حُرٌ على ألف درهم أو مائة دينار"، فقبل عتق، وكان الخيار للعبد، يعطيه أيّ المالين شاء.

ووجه التسوية: لأن المولى ما رضي بزوال الملك مجّانا، وإذا بطل خيار المولى لنزول العتق فيهما، كان الخيار للعبدين، كما في تلك المسألة، وكما لو قال لعبدين له: "أحدكما حُرّ بألف درهم والآخر بمائة دينار"، فقبِل أحدهما، عتق، وتعيين المال إليه، كذلك هنا.

وجه ظاهر الرواية: أنه لا وجه لثبوت الخيار للعبدين، لأنه ربما يختار كلُ واحد منهما ألف درهم، فيأخذ المولى منهما ألفَي درهم أو مائتي دينار، وذلك باطل.

بخلاف تلك المسألة، لأن ثمّة أيّهما اختار، كان المولى أخذ عَين حقه، فأثبتنا الخيار ثمّة، ولم نُثبته ههنا.

وكذا لو كان مكان الدنانير كرّ حنطة، عتقا ولا خيار للعبدين، لأنه ربما يختار كل واحد منهما[1] الحنطة، فيصير المولى آخذا كرى حنطة، فيكون آخذا غيرَ حقه.

وكذا لو قال لامرأتيه: "إحداكما طالق على ألف درهم والأخرى على مائة دينار"، فقبلَتا، بانت كل واحدة منهما بتطليق[2]، ولا شيء على واحدة منهما، وإنما كان الطلاق بائنا، لأنا تيقنّا بوجوب الدراهم على إحداهما، والدنانير على الأخرى، إلاّ أنه تعذّر

(١) "منهما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) قوله: "بانت كل واحدة منهما بتطليقه" ساقط من (ج) و (د).

الاستيفاء بحكم الجهالة، فلاتبطل صفة البَينونة، كما لو تعذر الاستيفاء بإفلاس المرأة.

وكذا لو قال: "إحداكما طالق على كر حنطة وسط، والأخرى على كر شعير وسط"، فقبلتا، بانت كل واحدة منهما بتطليقة، ولاشيء عليهما، ولا يكون الخيار[1] للمرأتين.

ولو قال لامرأة واحدة: "أنت طالق على ألف درهم أو مائة دينار"، فقبلت، وقع عليها[2] الطلاق، والخيار لها، تعطي أيّ المالين شاءت.

واستوضح هذا بما لو قال لرجل: "لك عليّ مائة درهم أو عشرة دنانير"، فادّعى المقرّ له المالَين، جميعا[3] يحلف المقِرّ على دعوى المقر له، ثم يعطيه أيّ المالين شاء.

ولو أن رجلين قالا لرجل: "لك على أحدنا الف[4]، وعلى الآخر مائة دينار"، فادّعى الدنانيرَ على أحدهما الالف[5] على الآخر، لايجب على واحد منهما شيء، ولاخيار لهما، كذلك ههنا.

ولو قال المولى: أ"حدكما حُرّ بغير شيء، أحدكما حُرّ بألف"، فقبلا، جميعا[6]

(١) في (ج) و (د): "ولاخيار بدل ولا يكون الخيار"

(٢) "عليها" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٤) في (ج) و (د): "مائة درهم"

(٥) في (ج) و (د): "والدراهم"

(٦) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

عتق أحدهما بغير شيئ، وخيار التعيين إليه، لأنه لـمّا قال: "أحدكما حُرّ بغير شيئ"، عتق أحدهما، لأن الإعتاق بغير بدل لايتوقّف على القبول، فبقي الكلام الثاني خبرا، وإذا جعل خبرا، صار كأنه[1] لم يتكلم إلا بالأول، فيكون الخيار إليه.

فإن قيل: كيف يجعل الكلام الثاني خبرا، والخبر يقتضي سبق المخبر به، والسابق إعتاق بغير بدل؟

قلنا: هذا الكلام خبر صيغة[2]، فلو جعل إنشاءً وتعليقا للحُرّية بقبول الألف، لايبقى خبرا أصلا، فكان جعله مخبرا عن الحُرّية مخطئا في الجهة أولى.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف"، فقبلا ثم قال: "أحدكما حُرّ بغير شيئ"، فالكلام الثاني باطل لما قلنا: إنه خبر، و يقال للمولى: أوقع العتق بألف على أيّهما شئت، لأن أحدهما مملوك، فيملك التعيين، فإذا عيّنه يلزمه الألف لوجود القبول.

ولو قال: "أحدكما حُرّ بألف، أحدكما حُرّ بغير شيئ"، فقالا: قد قبلنا[3]، عتقا بغير شيئ، لأن العتق لم ينزل بالكلام الأول قبل القبول، فصحّ الكلام الثاني كما صح الكلام[4] الأول، والأول يوجب العتق بألف، والثاني يوجب بغير الف[5]، فإذا عتق

---

(١) في (ج) و (د): "كان".

(٢) في (ج) و (د): "حقيقة"

(٣) في (ج) و (د): "فقبلا".

(٤) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

(٥) "الف" ساقط من(ج) و (د).

أحدهما بالكلام الثاني تعيّن الآخر للتعليق، فإذا قبِلا جميعا[1]، فقد قبل من تعلّق العتق الأول بقبوله، فعتق ضرورة.

كرجل قال لعبدين له[2]: "أحدكما حُرّ غدا"، ثم أعتق أحدهما الساعة، ثم جاء غد، عتقا.

وكرجل قال لعبدين له: "أحدكما حُرّ، إن شاء أحدكما حُرّ"، ثم شاءا جميعا العتق الأول، عتقا جميعا[3] لما قلنا، كذلك هنا، ولاشيء عليهما لجهالة مَن عليه، ولاخيار للمولى لزوال الملك عنهما.

(١) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

(٢) في (ج) و (د): "كما لو قال لعبديه".

(٣) "جميعا" ساقط من (ج) و (د).

باب العبيد الذين يعتق المولى بعضهم ثم يعيد العتق على من يعتق أو على غيره

بنى الباب على أصول تقدم ذكرها في الباب الأول، وعلى أن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين، كان الثابت أحدهما، لأنها[1] وضعت لتناول الواحد من الجملة[2]، ولهذا

(١) في (ج) و (د): "لأنه".

(٢) ذكر السرخسي في أصوله أن كلمة "أو" تدخل بين اسمين أو فعلين، وموجبها باعتبار أصل الوضع يتناول أحد المذكورين، وقد ظن بعض المشايخ أنها في أصل الوضع للتشكيك، فإن قال: "رأيت زيدا أو عمرا" يكون مخبرا برؤية أحدهما غير عين على أنه شاك في كل واحد منهما، يجوز أنه يكون قد رآه، ويجوز أن يكون لم يره، إلا أن في الإنشاءات والمر والنهي يتعذّر حماه على التشكيك، فإن ذلك لا يكون إلا عند التباس العلم بالشيء فيحمل على التخيير، وتعقّب عليه السرخسي بأنه غير صحيح، لأن الشك ليس بأمر مقصود حتى يوضع له كلمة في أصل الوضع، ولكن هذه الكلمة لبيان أن المتناول أحد المذكورين على إثبات صفة الإباحة في كل واحد منهما، إلا أن في الإخبار يفضي إلى الشك باعتبار محل الكلام، لا باعتبار هذه الكلمة، فلو قال: "هذا العبد حر أو هذا" فهو وقوله: "أحدهما حر" سواء، يتناول الإيجاب أحدهما، ويتخيّر المولى في البيان، على أن يكون بيانه ابتداء من وجه حتى يشترط لصحة البيان صلاحية المحل للإيقاع، ومن وجه هو تعيين للواقع. «أصول السرخسي» ١/ ٢١٣.

تناولت أحدَ الأشياء الثلاثة في الكفارة[1].

في الباب فصلان: أحدهما في إعادة الكلام، والثاني في اختيار المبهم.

أما الأول:

قال محمد رحمه الله: رجل له أربعة أعبد: سالم، وبزيغ، وفرقد، ومبارك، قيمتهم على السّواء، فقال في صحته: سالم وبزيغ حُرّان، أو بزيغ وفرقد حُرّان، أو فرقد ومبارك حُرّان، يقال له: بيِّن، لأنه تكلّم بثلاث كلمات، كلّ كلام يفيد غيرَ ما أفاده الآخر، وقد أدخل كلمة "أو" بين الكل، فكان الثابت أحدها، والإبهام جاء من جهته، فيرجع إليه في البيان.

فإذا اختار الكلام الأول عتق سالم وبزيغ، وإن اختار الكلام[2] الثاني، عتق بزيغ وفرقد، وإن اختار الكلام[3] الثالث، عتق فرقد ومبارك، ولو لم ينص على اختيار الكلام، ولكن قال: عَنيتُ سالما، عتق سالم وبزيغ معه، لأن سالما لم يدخل إلا في الكلام الأول، فكان تعيينه بمنزلة اختيار الكلام الأول، فيعتق من تناوله الكلام الأول.

وكذا لو قال: عنَيت مباركا، عتق فرقد معه، لأنه اختار الكلام الثالث، لأن مباركا

---

(١) إشارة إلى قوله تعالى: "فكفّارتُه إطعَامُ عَشرَةِ مساكين من أوسَطِ ما تُطعمُونَ أهليكُم أو كِسوَتُهم أو تَحرير رَقَبَة" المائدة: ٨٩، فإن الواجب في الكفارة أحد الأشياء المذكورة مع إباحة التكفير بكل نوع منهما على الانفراد.

(٢) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الكلام" ساقط من (ج) و (د).

لم يدخل إلا في الايجاب[1] الثالث، فيعتق معه من كان داخلا فيه.

وإن قال: عنيت بزيغا يرجع في البيان إليه ثانيا. وكذا لو قال: عنيت فرقدا، لأن بزيغا دخل في الإيجاب الأول والثاني، فلايرتفع الإبهام بتعيينه. وكذلك فرقد دخل في الإيجاب الثاني والثالث، فيرجع في البيان إليه حتى يُبيّن أنه أعتقه بالكلام الثاني أو الثالث.

وإن مات قبل البيان، عتق ثلث سالم، لأنه يعتق في حال إن كان المراد هو الكلام الأول، وإن كان المراد هو الكلام الثاني أو الثالث لايعتق، فيعتق في حال، ويرق في حالين.

وأحوال الرق أحوال، فيعتق ثلثه، ويعتق ثلث مبارك، لأنه إن أراد الكلام الثالث يعتق، ولايعتق إن أراد الكلا الأول أو الثاني، فيعتق ثلثه، ويعتق ثلثا بزيغ، لأنه إن أراد الكلام الأول أو الثاني يعتق، وإن أراد الكلام الثالث لايعتق، فهو يعتق في حالين، ويرق في حال. وأحوال الإصابة أحوال في رواية هذا الكتاب.

وقيل: هو قول محمد رحمه الله، فيعتق ثلثاه، ويعتق ثلثا فرقد، لأنه يعتق بالكلام الثاني والثالث، ولايعتق بالكلام الأول، فيعتق ثلثاه.

ووجه آخر: أنا تيقنّا بعتق عبدين، لأن أحد الإيجابات ثابته[2] بيقين، فيعتق رقبتان، وقد أصاب سالم ثلث عتق، ومبارك كذلك، فيبقى رقبة وثلث رقبة بين الباقيَين،

(١) في (ج) و (د): "الكلام".

(٢) في (ج) و (د): "ثابت".

فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه.

وإن كان القول في المرض، فإن خرجوا من ثلث ماله أو أجازت الورثة فكذلك، وإن لم يكن له مال سواهم، ولم يجيزوا، عتقوا من الثلث، لأن الإعتاق في مرض الموت وصيّة، والوصايا إنما تُنفذ من الثلث، فيقسّم الثلث بينهم.

وتفسير ذلك أن يضرب كل واحد منهم بحقه في الثلث، فسالم يضرب في الثلث بثلث عتق، ومبارك كذلك، وبزيغ وفرقد يضرب كل واحد منهما في الثلث بثلثي رقبة، فبلَغ سِهام العتق ستة، وسهام الوصايا متى بلغت مبلغا، يجعل ثلث المال ذلك المبلغ، لأنها[1] تنفذ من الثلث.

وإذا جعلنا ثُلثَ المال ستة كان كل المال ثمانية عشر، والمال أربع رقاب، فتصير كل رقبة أربعة ونصفا انكسر الحساب[2]، فتضعفه، فيصير ستة وثلاثين، كل رقبة تسعة، وصار سهم[3] الوصايا ضِعف ما كان قبل التضعيف، وقبل التضعيف كان حق سالم في سهم، وكذا حق مبارك، فصار حق كل واحد منهما في سهمين، وصار حق كل واحد من الآخرين في أربعة، فسالم يعتق منه سهمان، ويسعى في سبعة، وكذا مبارك، ويعتق من كل واحد من الباقيَين أربعة، ويسعى في خمسة، فبلغ سهام العتق اثني عشر، وسهام السعاية أربعة وعشرين، فيستقيم الثلث والثلثان.

---

(١) في (ج) و (د): "لأنه".

(٢) "الحساب" ساقط من (ج) و (د).

(٣) في (ج) و (د): "سهم".

ولو كان العبيد ثلاثة: سالم، وبزيغ، ومبارك، فقال في صحته: سالم حُرّ أو بزيغ حُرّ، أو مبارك وبزيغ حُرّان، خيّر المولى لما قلنا، فإن اختار الكلام الأول، عتق سالم، وإن اختار الكلام الثاني، عتق بزيغ، وإن اختار الكلام الثالث، عتق مبارك وبزيغ، وإن عيّن العبيد فقال عنيت بزيغا، يقال له: بيّن بأيّ الكلامين عنيته، لأنه داخل في الكلامين، فإن بيّنَ [عتقه][(1)] بالكلام الثاني، عتق وحدَه، وإن بيّن عتقه بالكلام الثالث، عتق مبارك معه.

وإن مات قبل البيان، عتق ثلث سالم وثلث مبارك، لأن كل واحد منهما لم يدخل إلا في إحدى الإيجابات الثلاثة، فكل واحد منهما يعتق في حال، ويرق في حالين، فيعتق ثلثه، ويعتق مِن بزيغ ثلثاه، لأنه يعتق في حالين إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولا يعتق في حال إن اختار الكلامَ الأول فيعتق ثلثاه.

أو نقول: في حالين يعتق رقبة واحدة، وفي حال يعتق رقبتان، فيثبت عتِق، وثلث [عتِق][(2)] بينهم، وسالم استحق ثلث العتق، ومبارك كذلك، بقي ثلثا عتق لبزيغ لفضل حاله.

وإن كان القول في المرض، وخرجوا من الثلث، أو أجازت الورثة فكذلك، وإن لم يخرجوا من الثلث، ولم تجز الورثة، قسّم الثلث بينهم على قدر حقوقهم وسهامهم، أربعة سهم لسالم، وسهم لمبارك، وسهمان لبزيغ، فبلغ أربعة، فجعلنا ثلث المال أربعة، فصار

---

(1) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(2) "عتق" زيادة من (ج) و (د).

كل عبد على أربعة، عتق من سالم سهم، ويسعى في ثلاثه، ومن مبارك كذلك، وعتق من بزيغ سهمان، ويسعى في سهمين، فبلغ سهام العتق أربعة، وسهام السعاية ثمانية، فاستقام الحساب.

ولو قال لعبدين له: سالم حُرّ أو بزيغ حُرّ أو هما جميعا حُرّان، صحت الإيجابات، ويخيّر المولى لما قلنا، فإن اختار الكلام الأول عتق سالم، وإن اختار الكلام الثاني عتق بزيغ، وإن اختار الكلام الثالث عتقا، وإن مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه.

وعلى قياس ما تقدم وجب[1] أن يعتق من كل واحد منهما ثلثاه لوجهين: أحدهما: أن سالما يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثالث، ولا يعتق في حالة واحدة إن أراد الكلام الثاني، وكذلك بزيغ يعتق إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولا يعتق إن أراد الكلام الأول.

وعلى رواية هذا الكتاب أحوال العتق أحوال، فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه، ولأن عتق رقبة ثابت بيقين، والآخر يعتق في حال إن أراد الكلام الثالث، ولا يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثاني، فيعتق ثلثاه، فصار عتق رقبة وثلث بينهما، فيعتق من كل واحد منهما ثلثاه.

وجه جواب الكتاب أنه لم يدخل معهما غيرهما، وماخصَّ أحدهما بإعادة الكلام، بل سَوّى بينهما في الإفراد والجمع، وفي مثله يعتبر الحاصل، كما لو قال: سالم حُرّ أو

(١) في (ج) و (د): "ينبغي".

بزيغ حُرّ، وكرّر ذلك غيرَ مرّة فإنه لايعتبر، وإنما يعتبر الحاصل، ويجعل كأنه قال: أحدكما حُرّ، كذلك هنا.

قوله: "سالم حُرّ أو بزيغ حُرّ" في الحاصل لايفيد إلاحُرّية واحدة، فصار كأنه قال: أحدكما حُرّ، أو أنتما حرّان، ولو صرّح بذلك يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، لأن أحدهما حُرّ بيقين، والآخر يعتق في حال دون حال، فيعتق نصفه، فصار عتق ونصف بينهما، فيعتق من كل واحد منها ثلاثة أرباعه.

ولو كان ذلك في المرض، ولم يخرج من الثلث، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهما نصفين.

ولو قال لثلاثة أعبد: سالم حُرّ، أو بزيغ حُرّ، أو سالم وبزيغ ومبارك أحرار، يخير لما قلنا، وإن مات قبل البيان، عتق ثلثا سالم وثلثا بزيغ وثلث مبارك، لأنه أدخل معهما في الجمع غيرهما، فيعتبر فيه إعادة الكلام، فسالم يعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثالث، ولايعتق في حال إن أراد الكلام الثاني. وكذلك بزيغ يعتق إن أراد الكلام الثاني أو الثالث، ولايعتق إن أراد الكلام الأول، فيعتق من كل واحد ثلثاه، ومبارك يعتق في حالة واحدة إن أراد الكلام الثالث، ولايعتق في حالين إن أراد الكلام الأول أو الثاني، فيعتق ثلثه.

ولو قال لثلاثة أعبد: أنت يا فلان حُرّ أو أنت يا فلان حُرّ، أو أنت يا فلان حُرّ أو كلكم أحرار، فهو في الاستحسان كأنه قال: أحدكم حُرّ أو كلكم أحرار، يعتق من كل واحد ثلثه، لأنه سوّى بينهم في الإفراد والجمع، فصار كأنه قال: أحدكم حُرّ أو كلكم

أحرار، ولو قال هكذا يعتق من كل واحد ثلثاه، لأن الثابت أحد الإيجابين، فعتق الواحد ثابت بيقين، وعتق الباقين ثابت في حال دون حال، فينتصف، ويثبت نصفه، فصار العتقان بين الثلاثة، فيعتق من كل واحد منهم ثلثاه.

وأما الفصل الثاني:

رجل له ثلاثة أعبد، فقال: أنت يا فلان حُرّ، أو أنت يا فلان، أو أنت يافلان، ثم جمع بين اثنين منهم وقال: أحدكما عبد، فإنه يؤمر بالبيان ما دام حي، لأن الثابت عتق أحدهم غير عين، وبقوله للمجموعين: "أحدكما عبد" لايتعين المعتق، فيؤمر بالبيان، وإن مات قبل البيان عتق نصف المفرد، ومن كل واحد من المجموعين ربعه.

وقال في «الجامع الكبير»: يبطل الكلام الآخر، ويعتق من كل واحد ثلثه.

وقيل: ذلك قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

ووجهه: أن أحد المجموعين عبد، قال ذلك أو لم يقل، لأن ما مضى من الكلام لايوجب إلا عتق رقبة، فكان أحد المجموعين عبدا، وكان كلامه خبرا، فيجعل وجوده كعدمه، كما لو جمع بين حُرّ وعبد وقال: أحدكما حُرّ.

وجه رواية هذا الكتاب: أن حمل الكلام على الإفادة واجب ما أمكن[1]، وهنا

(١) ذكر السرخسي هذه القاعدة بعبارة: "حمل أمور المسلمين على الصحّة واجب" انظر المبسوط ١٣/ ٦٠، ١٧/ ٦٢، ١٨/ ٨٥، وقال الونشريسي: "حمل تصرفات العقلاء على الاعتبار أحق وأولى من حملها على الإلغاء والهدر". «المعيار المعرب والجامع المغرب» عن فتاوى علماء أفريقية والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي المتوفى ٩١٤ هـ ٤/ ٣٦٤ خرجه بإشراف

أمكن حمل كلامه على الفائدة، وعلى ما هو مستحق عليه، وهو البيان بأن يجعل هذا إخراجا لأحد المجموعين عن منازعة المفرد في العتق، فقبل هذا الكلام كان العتق بين الثلاثة.

وبعد هذا الكلام يبقى العتق بين المفرد وبين أحد المجموعين، فيكون للمفرد نصفه، والنصف بين المجموعين، فيحمل عليه ليكون آتيا بالبيان وإن كان ناقصًا، ألاترى أنه لو قال للمجموعين: اخترتُ أن يكون أحدكما عبدا، كان هذا إخراجا له من العتق، وكذا لو قال: اخترت أن يكون العتق الذي أوقعته على هذا المفرد أو أحد هذين، كان هذا على الاتفاق مثل رواية هذا الكتاب في الفصل الأول.

ووجه الفرق على رواية الجامع بين هذا ومسألة الكتاب: أن قوله: "اخترت" إنشاء لايحتمل الخبر، وإذا لم يكن خبرا كان إخراجا لأحدهما عن المنازعة.

وكذا لو جمع بين اثنين منهما وقال: أحدكما مدبّر، كان صحيحا باتفاق الروايات[1]، ويؤمر ببيان العتق والتدبير ما دام حيا، لأن قوله: "أحدكما مدبّر" لايصلح خبرا، فكان إنشاءً، وإن مات قبل البيان عتق نصف المفرد، وربع كل واحد من المجموعين بالعتق الباتّ، ونصفه بالتدبير، إلا أن ما يعتق بحكم التدبير يعتق من الثلث، لأن التدبير وصية.

وإنما كان كذلك لأن بالكلام الثاني خرج أحد المجموعين عن مزاحَمة المفرد في

الدكتور محمد حجي دار الغرب الإسلامي - بيروت.

(١) في (ج) و (د) "بالاتفاق".

العتق الباتّ، فبقي العتق البات بين المفرد وأحد المجموعين، فيعتق نصف المفرد، وبقي نصف العتق بين المجموعين، فيعتق من كل واحد منهما رُبعه لعدم الأولويّة، [وتدبير الرقبة أيضا بينهما، لأنه صح إنشاء]،[1] فيعتق من كل واحد منهما نصفه بحكم التدبير.

ولو قال لأحدهم بعينه: "أنت يا فلان عبد"، بقي العتق بين الآخرين نصفين إن مات قبل البيان، لأن العتق كان بينهم، فإذا قال لأحدهم: "أنت يا فلان عبد" فقد أخرجه عن المنازعة، فبقي العتق بين الأخرين.

ولو قال لاثنين منهم: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، لايقع عليه من عتقي[2] الذي أو قعته شيئ، ثم يجمع بين أحد هذين وبين المفرد، وقال لهما مثل هذه المقالة، فإنه يؤمر بالبيان مادام حيا، فإن مات قبل البيان، عتق من المجموعين في الكلام الآخِر من كل واحد منهما ربعه، ومن المفرد نصفه، لأنه أتى بكلامين متضادّين، لأن حكم الكلام الأول أن يكون للمفرد الأول نصفه، [ولكل واحد][3] من المجموعين في الأول ربعه، وحكم الكلام الثاني أن يكون للمفرد الآخر نصفه، والنصف بين المجموعين في الكلام الآخر، ومن أتى بكلامين متضادّين يجعل آخرهما ناسخا للأول إذا كان الأول مما يحتمل الإبطال.

ألاترى أن من باع عبدا بألف، ثم جدّد البيع بألف وخمسمائة أو بمائة دينار، يبطل البيع الأول، وبعد الكلام الأول كان هو بسبيل من إبطال حكمه، فإنه لو قال بعد الكلام

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)

(٢) في (ج) و (د): "عتق".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)

الأول لأحد المجموعين: "إيّاه عنيت بالعتق عتق الذي عينه"، ويبطل حق المفرد الأول، فإذا تكلم بالكلام الثاني بطل حكم الأول، وكان الحكم للثانى.

ولو قال لأربعة أعبد قيمتهم على السواء: "أحدكم حُرّ"، ثم قال لسالم وبزيغ: اخترت أن يكون أحدكما عبدا، ثم قال لبزيغ وفرَقد: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، ثم قال لفرقد ومبارك: "اخترت أن يكون أحدكما عبدا"، ثم مات قبل البيان، قال: يعتق ثلث سالم وثلث بزيغ، وسدس فرقد وسدس مبارك، لأن حكم الكلام الأول أن يكون العتق بين أحد المجموعين في الكلام الأول، وهما سالم وبزيغ، وبين فرقد ومبارك. وحكم الكلام الثاني العتق بين أحد المجموعين في الكلام الثاني، وبين الباقيين، وحكم الكلام الثالث غيره.

وقد ذكرنا أن المعتبر هو الكلام الثاني[1]، ويجعل كأنّ الأول والثاني لم يكن، ولو لم يكن الكلام الأول والثاني، وتكلم بالثالث، ومات، كان العتق بين أحد المجموعين وبين المفردين أثلاثا، لكل واحد من المفردين ثلث العتق، والثلث لأحد المجموعين، ثم ما أصاب أحد المجموعين يكن بين المجموعين لعدم الأولوية، فيعتق من كل واحد منهما سدسه. فكذا إذا تكلم بالكلام الأول ثم تكلم بالثاني ثم بالثالث، وبطل الأول والثاني بالثالث.

رجل قال لثلاثة أعبد: "أنت يا فلان حُرّ"، أو "أحدكما" للباقيين، أو "أحدكم" جميعا، فإنه يؤمر بالبيان، لأنه خيّر نفسه بين إيجابات ثلاثة، كل كلام يفيد غير ما أفاده

---

(١) في (ج) و (د): "الثاني".

الآخر، فيرجع في البيان إليه، فإن مات قبل البيان عتق من المفرد أربعة اتساعه، ويسعى في خمسة اتساعه، ويعتق من كل واحد من الآخرين تسعان ونصف، ويسعى كل واحد في ستة اتساع ونصف تسع، لأن الثابت بهذه الكلمات ليس إلا عتق رقبة واحدة، وكل كلام يثبت في حال دون حالين، فيثبت ثلث ما يقتضيه كل كلام.

فالثلث الذي يثبت بالكلام الأول للمفرد خاصة. والثلث الذي يثبت بالكلام الثاني بين الباقيين، والثلث الذي يثبت بالكلام الثالث بينهم أثلاثا، فيحتاج إلى حساب، له ثلث، ولثلثه ثلث، أقل ذلك تسعة. فجعلنا كل رقبة تسعة، عتق من المفرد بالكلام الأول ثلثه، وهو ثلاثة، وبالكلام الثالث ثلث الثلث، وذلك سهم، فصار له أربعة، فيعتق منه أربعة اتساعه، ويسعى في خمسة اتساعه، وعتق من الباقيين من كل واحد منهما سهم ونصف بالكلام الثاني، وسهم بالكلام الثالث، فيعتق من كل واحد منهما سهمان ونصف، وهو تسعان ونصف، ويسعى فيما بقي.

ولو قال: "أنت يا فلان حُرّ"، ثم جمع بينه وبين أحد الباقيين بعينه، وقال: "أو أحدكما حُرّ"، ثم قال: "أو أحدكم حُرّ"، ثم مات قبل البيان، عتق من المفرد خمسة اتساع ونصف تسع، ومن الثاني تسعان ونصف، ومن الثالث تسع واحد، لأن الثابت بكل كلام ثلث العتق[1] لما قلنا، فالثلث الذي يثبت بالكلام الأول للمفرد خاصة، والثلث الذي يثبت بالكلام الثاني بين المفرد والمضموم إليه نصفين، والثلث الذي يثبت بالكلام الثالث بينهم أثلاثا.

(١) في (ج) و (د) "عتق".

فالمفرد أصاب مرّة ثلاثة، ومرة سهما ونصفا، ومرة سهما واحدا، فحصل له خمسة ونصف، وهو خمسة اتساع ونصف تسع، والثاني أصاب مرة سهما ونصفا، ومرة سهما واحدا، فكان له تسعان ونصف، والثالث أصاب سهما واحدا.

ولو قال: أحدكم حُرّ، أو أنت يا فلان، أو أنت يا فلان، عتق من المفردين من كل واحد منهما أربعة اتساعه، ومن الثالث تسع واحد، لأن الثابت بكل كلام ثلث العتق، فالثلث الذي ثبت بالأول، بينهم أثلاثا، لكل واحد سهم، والثلث الذي ثبت بالكلام الثاني، للذي خاطبه بالكلام الثاني، والثلث الذي ثبت بالكلام الثالث، للذي خاطبه بالثالث، فكان لكل واحد من المفردين أربعة، وللثالث سهم.

باب من العتق، والتدبير ما يقع منه وما لايقع لأنه صادق فيه

بني الباب على أن ما دارَ بين الخبر والإنشاء لايجعل إنشاءً، وأن كلمة «أو» إذا دخلت بين إيجابين يراد بها الواحد.

وفي الباب فصلان: أحدهما: ثلاثة أعبد فيهم مدبّر[1] معروف، والثاني: ليس فيهم مدبّر معروف.

أما الفصل الأول:[2]

قال محمد رحمه الله: رجل له ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، لامال له غيرهم، وأحدهم مدبّر، فقال في صحته: أحدكم حُرّ أو مدبّر، فهذا الكلام باطل، لايقع به شيء.

---

(١) "المدبر": اسم مفعول، من دبّر تدبيرا، والدُّبُر بضمتين: خلاف القبل في كل شيء، ومنه يقال لآخر الأمر: دُبُرٌ، ومنه دبّر الرجل عبدَه تدبيرا، إذا أعتقه بعد موته، لأن الموت دبر الحياة، والتدبير في الأمر: النظر إلى ما تؤول إليه عاقبته.

والمدبّر شرعا: عرّفه الفقهاء بأنه: "تعليق العتق بالموت". وذكر الجرجاني نوعين له، فالمطلق منه: أن يعلّق عتقه بموت مطلق، مثل: "إن مت فأنت حر"، أو بموت يكون الغالب وقوعه، والمقيّد منه: أن يعلقه بموت مقيد، مثل: "إن مِت في مرضي هذا فأنت حر". انظر: «المصباح المنير» ص ١٨٨، «التعريفات» ص ٢٦٥، «أنيس الفقهاء» ص ١٦٩.

(٢) "الفصل" ساقط من (ج) و(د).

وكذا لو قال: "أحدكما مدبّر أو حُرّ"، لأن المعمول به أحد الكلامين قضيّة لكلمة "أو"، وقد صار أحد الكلامين معمولا به خبرا، وهو قوله: "أو مدبّر"، لأنه صادق فيه، فبطل الآخر، لأنه لما صار قوله: "أحدكم مدبّر" خبرا، صار لغواً، بقي "أحدكم حُرّ" وقد أخرجه على التمثيل والتردّد، فلايجعل إيجابا بالشك، إذ حكم بأنه لايثبت بالشكّ.

ولو قال: "اثنان منكم مدبّران"، فإن كان له مال، يخرج الرقبتان من ثلثه، عتق المدبّر المعروف ونصف كل واحد من العبدين، ويسعى العبدان فيما بقي منهما، وإن لم يكن له مال سواهم، عتق أحد العبدين والمدبّر المعروف من ثلثه، لأن هذا الكلام خبر في المدبّر المعروف، إنشاء في حق أحد العبدين، كأنه قال للعبدين: "أحدكما مدبّر".

فإن كان له مال يخرج الرقبتان من الثلث، عتق المدبّر المعروف، ونصف كل واحد من العبدين، ويسعى العبدان فيما بقي منهما، وإن لم يكن له مال سواهم، ومات قبل البيان، صار الثلث بينهما نصفين، نصف للمدبّر المعروف ونصف لهما، فيعتق من المدبّر المعروف نصفه، ويسعى في نصفه، ويعتق من كل واحد من العبدين ربعه، ويسعى في ثلثة أرباعه، فيجعل كل عبد أربعة، يعتق من المدبّر المعروف سهمان، ويسعى في سهمين، وعتق من كل واحد من العبدين سهم، ويسعى في ثلاثة، فبلغ سهام العتق أربعة، وسهام السعاية ثمانية، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو قال: "اثنان منكم حُرّان، أو مدبّران"، ومات قبل البيان، وكانت المقالة في الصحة، عتق من كل واحد منهم ثلثه بالعتق الباتّ من جميع المال، ويعتق ثلثا المدبّر ونصف الرقبة من الباقيين بحكم التدبير من الثلث، لأن قوله: "اثنان منكم حُرّان" إنشاء في حق الكل، وقضيّته عتق رقبتين لو كان هو المراد، فإن كان متميلا بنصف قضيته، فيثبت

به عتق رقبة بين الكل، فيعتق من كل واحد ثلثه.

وقوله: "أو مدبّران" خبر في حق المدبّر المعروف، إنشاء في حق العبدين، وقضيته تدبير رقبة بين العبدين لوْ كان هو المراد، فإذا كان متميلا بنصف قضيته، فيثبت به نصف التدبير بين العبدين، لكل واحد منهما ربعه إلا أن ما يعتق بحكم التدبير يعتبر من الثلث، فإن كان له مال، يخرجون من الثلث، أو أجازت الورثة عتق ما بقي من المدبّر المعروف وهو ثلثه، وربع كل واحد من العبدين بحكم التدبير، ويسعَيان فيما بقي منهما.

وذلك خمسة أسهم من اثني عشر سهما من كل واحد منهما، لأن ثلث كل واحد منهما عتق بالعتق البات، وربع بالتدبير، وذلك سبعة من اثني عشر، فكان الباقي من رقبة كل واحد منهما خمسة من اثني عشر، فيسعى في ذلك.

وإن لم يخرجوا من الثلث، قسّم الثلث بينهم على قدر حقوقهم، وماله عند الموت رقبتان، لأن ثلث كل واحد منهما عتق بالعتق البات، بقي ماله رقبتان، وثلث الرقبتين ثلثا رقبة واحد، اجعل ذلك بينهم على قدر حقوقهم، حق المدبّر المعروف في ثلثي رقبة، وذلك سهمان، لأن ثلثه عتق بالعتق البات، وبقي ثلثاه مدبّرا، وحق العبدين في نصف الرقبة، لأن حقهما في تدبير النصف، فجعلنا كلّ رقبة على ستة لحاجتنا إلى النصف والثلث.

فالمدبّر المعروف يضرب بأربعة، والعبدان بثلاثة، فبلغ سهام الوصية سبعة، فيجعل ثلث المال سبعة وثلث ماله ثلثا رقبة، وإذا صار ثلثا رقبة واحد على سبعة، كانت الرقبة الكاملة عشرة ونصفا ضعفنا، فصارت الرقبة على أحد وعشرين.

وقيل: التضعيف كان حق المدبّر في أربعة، فبعد التضعيف صار في ثمانية، وكان

حق العبدين قبل التضعيف في ثلاثة، فصار في ستة، عتق من كل واحد ثلثه بالعتق البات وهو سبعة، ويعتق من المدبّر بالتدبير ثمانية، فيعتق خمسة عشر سهما من أحد وعشرين سهما من رقبة، ويسعى في ستة أسهم[1]، وعتق من كل واحد من العبدين بحكم التدبير ثلاثة أسهم، لأن قبل التضعيف كان حقهما جميعا في ثلاثة، فصار حق كل واحد منهما بعد التضعيف في ثلاثة، فيعتق من كل واحد منهما عشرة أسهم، ويسعى في أحد عشر، وأحد عشر من أحد وعشرين يكون ثلاثة أسباعه وثلثي سبعه كل سبع ثلاثة، فحصلت السعاية منهم في ثمانية وعشرين، ونفذ العتق بحكم الوصية في أربعة عشر، فاستقام الثلث والثلثان.

وإن كان التنول في المرض، عتق من المدبّر المعروف ستة أسهم من ثلاثة عشر، ويسعى في سبعة، وعتق من كل واحد من العبدين ثلاثة أسهم ونصف من ثلاثة عشر، ويسعى فيما بقي.

ووجهه أن الإعتاق في مرض المرت وصية كالتدبير، والوصايا تعتبر من الثلث، يضرب كل واحد منهم بوصيّته في الثلث، وحق المدبّر في عتق الرقبة، وحق العبدين في رقبة وسدس، لأن الثابت أحد الكلامين على ما قلنا.

فإن كان الثابت هو العتق الباتّ يثبت به عتق رقبتين، فإذا تردّد ثبت به عتق رقبة، إلاأن حق المدبّر لايزداد بهذا الكلام، لأنه موصى له بجميع الرقبة، فيعتق من كل واحد من العبدين ثلثه:

(١) "اسهم" ساقط من (ج) و (د).

وإن كان الثابت هو التدبير، ثبت به تدبير رقبة للعبدين لما قلنا، فإذا تردد ثبت به تدبير النصف من العبدين، فصار لهما ثلثا العتق ونصف التدبير، وذلك رقبة وسدس، فجعلنا كل رقبة ستة، يضرب المدبّر المعروف بجميع الرقبة ستة، والعبدان بتسعة، فبلغ سهام الوصايا ثلاثة عشر، جعلنا ذلك ثلث المال، والثلثان ستة وعشرون، فصار كل رقبة ثلاثة عشر، يعتق من المدبّر ستة، ويسعى في سبعة، ويعتق من كل واحد من العبدين ثلاثة ونصف، ويسعى في تسعة ونصف، فصار سهام السعاية ستة وعشرين، وسهام العتق ثلاثة عشر، فاستقام الحساب.

وإن مات بعض هؤلاء العبيد، فالمسألة على وجهين: إما إن مات في حياة المولى أو بعد موته، وكل ذلك على وجهين: إما إن كان في الصحة، أو في المرض.

فإن كان القول في الصحة، فإن مات المدبّر في حياة المولى، عتق [من الثلث][1] من كل واحد من العبدين نصفه بالعتق البات من جميع المال، وربعه بحكم التدبير، لأنه لما مات المدبّر والعتق البات كان بينهم، فإذا زالت مزاحَمة المدبّر يبقى بين العبدين، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات، وربعه بالتدبير من الثلث، لأن نصف التدبير كان بين العبدين، فيبقى كذلك.

فإن كان له مال آخر يخرجان من الثلث، يعتق من كل واحد منهما ربعه بالتدبير، ونصفه بالعتق الباتّ، ويسعى في ربعه، وإن لم يكن له مال آخر سواهم، ولم تجز الورثة، يعتق من كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير، ويسعى في ثلثه، لأن أحدهما عتق بالعتق

(١) ما بين المعكوفتين زيادة (ج) و (د).

البات، بقي ماله عند الموت رقبة واحدة، فكان ثلث ماله ثلث رقبة، فيكون ذلك بينهما، فيعتق من كل واحد منهما سدسه بحكم التدبير، ونصفه بحكم العتق البات، ويسعى في ثلثه.

وإن كان القول في المرض، فالعتق[1] والتدبير كلاهما يعتبر من الثلث، وقد وجب للعبدين رقبة بالعتق البات، ونصف رقبة بالتدبير، فذلك رقبة ونصف بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، ويسعى في ربعه، إن كان ذلك يخرج من ثلث ماله أو أجازت الورثة، وإن لم يكن له مال آخر، ولم تجز الورثة، كان ماله رقبتين عند الموت، فثلثه وهو ثلثا رقبة واحدة يكون بينهما، يعتق من كل واحد منهما ثلثه، ويسعى في ثلثيه.

وإن مات أحد العبدين دون المدبّر، وكان القول في الصحة، عتق من الباقيين من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال، والباقي من الثلث، لأنه لما مات أحد العبدين بقي العتق البات بينهما، فيعتق من كل واحد منهما نصفه، وما بقي من المدبّر يستحق العتق بحكم التدبير، وما بقي من العبد كذلك، لأن تدبير النصف كان بين العبدين، وبموت أحدهما يصرف إلى الباقي، فصار النصف الباقي منه مدبّرا أيضا، فيكون الثلث بينها إن كان للمولى مال آخر، وإن لم يكن كان ثلث الرقبة بينهما، فيعتق من كل واحد منهما في الحاصل ثلثا، ويسعى في ثلثه.

وإن مات المولى، ثم مات أحدهم، فإن كان القول في الصحة، ومات المدبّر،

---

(١) في (ج) و (د): "كان العتق".

نقول: لما مات المدبّر، صار مستوفيا وصيته، وتَوَى[1] ما عليه من السعاية، وكان ماله في الأصل ثلاث وستين، كل رقبة أحد وعشرون على ما قلنا. عتق ثلث كل واحد منهم بالعتق البات سبعة من أحد وعشرين، يبقى ماله عند الموت اثنين وأربعين، قسّمنا ثلثه، وهو أربعة عشر بينهم على قدر حقوقهم، للمدبّر ثمانية، ولكل واحد من العبدين ثلاثة، وللورثة ثمانية وعشرون.

فإذا مات المدبّر صار مستوفيا وصيته، وهو ثمانية، وتَوى ما عليه من السعاية، بقي حق الورثة، وهو ثمانية وعشرون، وحق العبدين، وذلك ستة، فنقسّم ما بقي من المال وهو ثلثا العبدين على قدر حقوقهم، حق العبدين في ستة، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، فصار ذلك أربعة وثلاثين، وصار ثلثا كل رقبة سبعة عشر، يعتق من كل واحد منهما ثلاثة، ويسعى في أربعة عشر، فبلغ سهام السعاية ثمانية وعشرين، وللعبدين بحكم التدبير ستة، واستوفي المدبّر حقه ثمانية، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات أحد العبدين والمسألة بحالها، ولم يمت المدبّر، كان حق المدبّر في ثمانية، وحق العبد الباقي في ثلاثة، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، وذلك تسعة وثلاثون، ثلثا كل رقبة تسعة عشر ونصف، سلم للمدبّر ثمانية، ويسعى في أحد عشر ونصف، ويسلم للعبد ثلاثة، ويسعى في ستة عشر ونصف، وقد استوفى الميت ثلثة، فاستقام الثلث والثلثان.

ومحمد رحمه الله خرج المسائل على نصف ما خرجنا، لأن الحساب كان في

(١) تَوَى، يتوي، من التوَى: وهو الهلاك. «المصباح المنير» ص ٧٩.

الأصل عشرة ونصفاً، وضَعّفنا فصار أحد وعشرين، وبَنَينا على ذلك، ولم يضعّفها محمد رحمه الله.

ولومات العبدان، وبقي المدبّر، كان حق العبدين في ستة، فإذا ماتا سلّم ذلك لهما، بقي حق المدبّر في ثمانية، وحق الورثة في ثمانية وعشرين، فيصير ستة وثلاثين، وقد بقي من ماله ثلث المدبّر، فيجعل ثلثاه على ستة وثلاثين، فسلّم له من ذلك ثمانية، ويسعى في ثمانية وعشرين.

هذا إذا كان القول في الصحة، فإن كان القول في المرض ومات المدبّر، فنقول: لو لم يمت أحدهم بعد موت المولى، وكان القول في المرض ذكرنا أن حق المدبّر يكون في ستة، وحق العبدين بالتدبير، والعتق في رقبة وسدس، وحق الورثة في ستة وعشرين، فإذا مات المدبّر صار مستوفيا حقه، بقي حق العبدين وذلك سبعة، وحق الورثة وهو ستة وعشرون، فيصير ثلاثة وثلاثين، فاجعَل ما بقي من المال ثلاثة وثلاثين، والباقي رقبتان، فصار كل رقبة من العبدين ستة وعشر ونصفا، يسلّم لكل واحد منهما ثلاثة ونصف، يسعى في ثلاثة عشر، وسلّم للمدبّر ستة، فبلغ سهام السعاية ستة وعشرين، وسهام الوصية ثلاثة عشر، فاستقام.

ولومات أحد العبدين، يضرب المدبّر بستة، والعبد الباقي بثلاثة ونصف، والورثة ستة وعشرين، فيصير خمسة وثلاثين ونصفا، فيصير كل رقبة سبعة عشر وثلاثة أرباع انكسر بالربع، فنُضَعّفه، فيصير أحدا وسبعين ثلثا، كل رقبة خمسة وثلاثون ونصف، يسلم للعبد الباقي سبعة، ويسعى في ثمانية وعشرين ونصف، ويسلم للمدبّر اثنا عشر، ويسعى في ثلاثة وعشرين ونصف، فحصل للورثة اثنان وخمسون، وسلم للمدبّر اثني

عشر، وللعبد الباقي سبعة، ، وقد استوفى الميت سبعة، فيكون ستة وعشرين، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات العبدان وبقي المدبّر، فحق المدبّر في ستة، وحق الورثة في ستة وعشرين، فذلك اثنان وثلاثون، سلم للمدبّر ستة، يسعى في ستة وعشرين، وسلم للعبدين سبعة، فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات المدبّر واحد العبدين، فحق الباقي في ثلاثة ونصف، وحق الورثة في ستة وعشرين، فذلك تسعة وعشرون ونصف، سلم للعبد ثلاثة ونصف، ويسعى في ستة وعشرين، وقد استوفى المدبّر ستة، والعبد الميت ثلاثة ونصف[1]، فذلك ثلاثة عشر، فاستقام الحساب.

ولو قال لهم في صحته: أنتم أحرار، أو مدبّرون، ومات قبل البيان، فنقول: قوله: "أو مدبّرون" إخبار في المدبّر، وإيجاب في حق العبدين، فصار كأنه قال: أنتم أحرار، أو هذان مدبّران، فإذا مات قبل البيان، ثبت نصف ما يقتضيه كل كلام، فيعتق بالعتق البات رقبة ونصف، من كل واحد منهم نصفه، وتدبير الرقبة بين العبدين، فصار الباقي من العبدين مدبرا، والباقي من المدبّر مدبّر كما كان، فكان الثلث بينهم.

فإن خرجوا من الثلث، أو أجازت الورثة عتقوا، وإن لم يكن له مال غيرهم، ولم تجز الورثة، كان الثلث بينهم، وماله رقبة ونصف، فثلثه وهو نصف رقبة يكون بينهم، لكل واحد سدس الرقبة، وقد عتق من كل واحد منهم نصفه بالعتق البات، فيعتق من كل واحد

---

(١) "نصف" ساقط من (ا) و (ب).

منهم ثلثاه، يسعى في ثلثهم.

فإن كان القول في المرض كان العتق والتدبير معتبرا من الثلث، فيقسم الثلث بينهم بالسويّة، لأن كل واحد من العبدين موصى له بجميع رقبته، نصفه بالعتق، ونصفه بالتدبير، والمدبّر موصى له بجميع رقبته، ولايزاد حقه على رقبته، فكان بينهم بالسوية.

ثم سأل محمد رحمه الله في الكتاب على نفسه سؤالاً، فقال: ينبغي أن لايعتق من المدبّر المعروف شيئ بالعتق البات، لأن قوله: "أنتم أحرار" عام، فصار كأنه قال لكل واحد منهم: "أنت حُرّ أو مدبّر"، ولو قال للمدبّر: "أنت حُرّ أو مدبّر"، لايكون له حظّ من الحُرّية، لكونه صادقا في أحدهما.

والجواب أن في تلك المسألة إنما بطل الكلام في المدبّر، لأن كلامه في حق المدبّر تردّد بين أن يكون إيجابا وبين أن يكون[1] خبرا، فصار كأنه قال: أنت حُرّ أو غير حُرّ، فلايصير إيجابا بالشك، أما هنا جمع بين إنشائَين صحيحين، لأن إيجاب الحُرّية إنشاء في حق الكل، وكذا التدبير إنشاء في حق العبدين، فصار كأنه قال: أنتم أحرار، أو هذان مدبّران، ولو نصّ على هذا كان الجواب ما قلنا.

ولو قال: أنتم أحرار، أو أحدكم مدبّر، كان باطلا، لأن إحدى[2] شطرَي الكلام صدق وخبر، فيبطل الآخر، كأنه قال: أنتم أحرار أو غير أحرار.

ولو قال: كل واحد منكم حُرّ أو مدبّر، فهذا الكلام لغو في حق المدبّر، لأن هذا

---

(١) "وبين أن يكون" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) في (ا) و (ب): "أحد".

الكلام تناول كلّ واحد على سبيل الانفراد، كأنه قال لكل واحد منهم: أنت حُرّ أو أنت مدبّر، ولو نصّ عليه لايصح في حق المدبّر، كذلك هنا، وهو صحيح في حق العبدين، فكل واحد منهما حُرّ في حال، مدبّر في حال، فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالعتق البات من جميع المال إن كان القول في الصحة، ويعتق النصف الباقي بالتدبير من الثلث.

وإن لم يكن له مال آخر، كان ماله رقبتين عند الموت، وثلثه ثلثا رقبة بينهم، للمدبّر المعروف من ذلك ثلث رقبة، وللعبدين ثلث رقبة بينهما، لكل واحد منهما سدس رقبة. ففي الحاصل يسلّم للمدبّر ثلث رقبة، ويسعى في ثلثيه، ويسلّم لكل واحد من العبدين ثلثا رقبة، ويسعى في ثلثه.

وإن كان القول في المرض، ولامال له سواهم، كان العتق والتدبير وصيّة، فصار كل واحد موصى له بجميع الرقبة.

ولو قال: كل واحد منكم حُرّ أو أنتم مدبّرون، فهو بمنزلة قوله: أنتم أحرار أو مدبّرون، لأنه أفرَد كل واحد منه بالتحرير، وجمعهم في التدبير، وبطل التدبير في حق المدبّر، ولم يبطل التحرير، لأنه ضم إليه إيجابا صحيحا، فصار في حق المدبّر كأنه قال: أنت حُرّ، وهذان العبدان مدبّران. ولو نص على ذلك صح الإيجاب في حق كل واحد منهم، المدبّر وغيره في ذلك سواء، كذلك هنا[1].

ولو قال: أنتم أحرار، وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا وهذا، فإنهم جميعا مدبّرون، وبطل التحرير، لأنه لو اقتصر على قوله: "أنتم أحرار وهذا مدبّر" ـ للمدبّر

(١) في (ا) و (ب): "ههنا".

المعروف ـ كان خبرا، ولايكون إيجابا، فإذا قال بعد ذلك، "وهذا وهذا" ولم يذكر لهما خبرا، كان الخبر المتقدّم خبرا لهما، كأنه قال: "وهذا مدبّر وهذا مدبّر". ولو نصّ على هذا[1] صار العبدان مدبّرين، كذلك هنا[2].

وكما لو جمع بين عبدين وحُرٍّ، وقال للحُرّ: هذا حُرّ وهذا وهذا، عتق العبدان، ويصير خبر "الحُرّ" خبرا لهما. كذلك هنا.

ولو قال: "أنتم أحرار وهذا مدبّر ـ للمدبّر المعروف ـ وهذا" ـ لأحد العبدين ـ يبطل التحرِّير، والمعطوف على المدبّر مدبّر، والآخر عبد لما قلنا.

رجل له ثلثة أعبد ليس فيهم مدبّر معروف، فقال في صحته: "أنتم أحرار وهذا مدبّر وهذا وهذا"، ومات قبل البيان، كانوا جميعا مدبّرين، يعتقون من الثلث، لأنه خيّر نفسه في صدر الكلام بين إعتاقهم وتدبير أحدهم، فإذا قال: "وهذا وهذا" فقد عَطَفهما على التدبير لانصاله به، دون التحرير، ولم يذكر لهما خبرا، فصار خبر الأول خبراً لهما على القطع، وإن كان متردداً في الأول، لإدخال كلمة الشك[3] على الأول دون الثاني والثالث، فيصير الثاني والثالث مدبّرا.

هذا كمن قال لنسائه: "هذه طالق أو هذه وهذه"، تطلق الثالثة، ويخيّر في الأولين.

---

(١) في (ا) و (ب): "ذلك" مكان "هذا".

(٢) في (ا) و (ب): "ههنا".

(٣) في (ا) و (ب): "التشكيك".

وإذا صار الثاني والثالث مدبّرا صار الأول مدبّرا، لأن جعل الثاني والثالث مدبّرا دليل على أنه لم يُرِد إيجاب العتق، لأنه تدبير الحُرّ لايكون، وإذا انتفي الإعتاق، تعيّن التدبير ضرورةً، فصار الأول مدبّرا.

ولو قال: "أنتم أحرار، أو هذا وهذا، وهذا مدبّرون" فهو وما لو قال: "أنتم أحرار أو مدبّرون" سواء، لأنه جمعهم في التدبير، فكان الشكّ داخلابين إعتاقهم وتدبيرهم، كأنه قال: "أنتم أحرار أو مدبّرون". فكل كلام يصح في حالٍ دون حال، فيثبت نصف ما يقتضيه كل كلام: عتق، ونصف، وتدبير رقبة، ونصف بينهم.

وإن كان القول في الصحة، عتق من كل واحد منهم نصفه بالعتق البات من جميع المال، والباقي من الثلث إن خرج الباقي من الثلث، وإن لم يخرج كان له ثلث ماله، وهو نصف رقبة بينهم بالسوية، يعتق من كل واحد منهم ثلثاه، نصفه بالعتق البات، والسدس بالتدبير، ويسعى في ثلثه. وإن كان القول في المرض، عتقوا من الثلث، لما عرف.

فإن المشار إليهما بالتدبير مدبّران، والآخر عبد، لأن قوله: "وهذا" عطف على التدبير، والمعطوف صار مدبّرا، فصار المعطوف عليه مدبّرا لما قلنا: إن جعل الثاني مدبّراً دليلٌ على اختياره التدبير بالكلام الأول، فبطل التحرير ضرورةً.

ولو لم يقل هكذا، ولكنه قال: "أنتم أحرار أو هذا، وهذا مدبّران"، واختلفت ألفاظ الرواية في هذه المسألة، ذكر في بعض النسخ هكذا، وفي بعضها "أنتم أحرار أو هذا مدبّران"، وذكر في بعضها "أنتم أحرار وهذا، وهذان مدبّران".

فالرواية الأولى والثانية سواء، لأن الجمع في الخبر في اتحاد الكلام، بمنزلة الجمع

في المبتدأ والخبر، وكل كلام يثبت في حال دون حال، فيثبت نصف ما يقتضيه كل كلام.

فيثبت بالكلام الأول عتق رقبة ونصف بينهم، لكل واحد منهم نصف عتق، ويثبت بالكلام الثاني تدبير رقبة واحدة بين اللذين عَيّنهما للتدبير، فيعتق من كل واحد منهما نصفه الباقي بحكم التدبير إن خرج من الثلث، وإلا فثلث ماله بينهما، وثلث ماله عند الموت نصف رقبة، فيعتق من اللذين أضاف إليهما التدبير من كل وحد منهما ثلاثة أرباعه، نصفه في الصحة بالعتق البات، والربع بالتدبير، ويسعى في ربعه، ويعتق من الآخر نصفه بالعتق البات، ويسعى في نصفه.

وأما الرواية الثالثة: فقد أجاب فيها بهذا الجواب أيضا، واختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ماذكر من الجواب صحيح، لأن قوله: "أو هذا" عقيب قوله: "أنتم أحرار" لغو من الكلام، لأن هذه الجملة ناقصة، عطفت على جملة تامة، فشاركتها في الخبر، فصار كأنه قال: "أنتم أحرار وهذا حُرّ" للواحد منهم، فيلغو، لأنه داخل في الكلام الأول، كما لو قال: يسالم حُرّ أو بزيغ أو سالم، وإذا لَغا ذلك بقي قوله: "أنتم أحرار، وهذان مدبّران"، فيصير هذا وما تقدم سواء.

وعامّة المشايخ لم يصحّحوا هذا الجواب، وقالو: قوله "وهذا" ليس بلغو، لأنه ما أعاد عَين الكلام الأول، وإنما أعاد بعضه، وإعادة البعض لايكون لغوا، كما لو قال: سالم وبزيغ حُرّان، أو سالم.

وإذا اعتبرنا هذا الكلام نقول: هذه ثلاث كلمات: إعتاقهم، أو إعتاق أحدهم، أو تدبير اثنين منهم بأعيانهما، وكل كلام يثبت في حال، ولايثبت في حالين، فيثبت ثلث ما يقتضيه كل كلام، فيثبت بالكلام الأول عتق رقبة بين الكل، وبالكلام الثاني ثلث العتق

الذي أضافه إليه، فصار له ثلثا رقبة، وبالكلام الثالث ثلث تدبير الرقبتين، وهو ثلثا رقبة اللذين أضاف إليهما، فصار جملة ما عتق بالإيجاب الثلاثة رقبتين.

فإن لم يكن له مال سواهم، فما يعتق بالعتق البات، يعتبر من جميع ماله إذا كان القول في الصحة، وما يعتق[1] بالتدبير، وهو ثلثا رقبة يعتبر من الثلث، وماله عند الموت رقبة وثلثا رقبة، لأن بالكلام الأول والثاني عتق رقبة وثلث على ما قلنا.

بقي رقبة وثلثان، فيحتاج إلى حساب: له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقلّه تسعة، جعلنا كل رقبة تسعة، فصار رقبة وثلثا رقبة خمسة عشر، فثلث ذلك خمسة اتساع رقبة، يكون ذلك للذين عيّنهما للتدبير، لكل واحد منهم تسعان ونصف، وقد عتق من كل واحد منهما بالعتق البات ثلثه، وهو ثلاثة أتساعه، فصار جملة ما عتق من كل واحد منهما خمسة اتساع ونصف تسع، ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة اتساع ونصف تسع، وعتق من الآخر ثلثاه، ويسعى في ثلثه، وهو ثلاثة اتساع رقبة، فحصل للورثة[2] بالسعاية عشر أسهم، وهو رقبة وتسع، وعتق من اللذين أضاف إليهما التدبير بحكم التدبير خمسة اتساع، فاستقام الثلث والثلثان.

ـ والله أعلم ـ

(١) في (ا) و (ب): "عتق".

(٢) في (ا) و (ب): "بحكم السعاية".

باب العتق على مال والكتابة

بنى الباب على أصول:

منها: أن الإعتاق ووَسائله كالتدبير والكتابة تَتَجزأ[1] عند أبي حنيفة[2]، خلافا

(١) المراد بقوله: "الإعتاق يتجزأ"، ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ، لأنه محال، بل معنى ذلك: أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ، فيتصوّر ثبوته في البعض دون البعض. هذا ما ذكره البابرتي، ولابن الهمام عليه تعقيب جيّد فليرجع: «العناية» و «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) مسائل هذا الباب تنبني على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهو أن الإعتاق يتجزأ عنده، فمَن أعتق نصفَ عبده فهو بالخيار في النصف الباقي، إن شاء، أعتقه وإن شاء استسعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤدّ السعاية فهو كالمكاتب.
واستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «من أعتَقَ شَقَيصا في مملوكه فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال، وإلا استُسْعِي العبدُ غيرَ مشقوق عليه». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث، الحديث: ٣٩٣٧، وزاد في رواية ابن ماجة: «من أعتق نصيبا له في مملوك، أو شقصا، فعليه خلاصه من ماله إن كان له مال..» أخرجه ابن ماجة في كتاب العتق، باب من أعتق شركا له في عبد، الحديث ٢٥٢٧. وأخرجه البخاري في كتاب العتق، باب: إذا أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه، الحديث ٢٥٢٦. وأخرجه مسلم في كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد، الحديث: ٣٧٥١ و ٣٧٥٢ و٣٧٥٣ و٣٧٥٤. وأخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في العبد

لصاحبيه.

ومنها: أن كسب العبد المشترك مشترك[1]، لأن ملك الرقبة علّة لملك الكسب، والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم.

ومنها: أن بدل الكتابة لايسلّم للمولى ما لم يسلّم الكسب للمكاتب، لأن مقتضى الكتابة سلامة الكسب للعبد، فتتعلّق سلامة البدل به، كما تتعلق سلامة الثمن بسلامة المبيع، وسلامة البدل في العتق على مال بسلامة الرقبة[2].

وفي الباب فصول ثلاثة: الكتابة، والعتق على مال، وتعليق العتق بأداء المال[3].

يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه، الحديث ١٣٤٨. وأخرجه النسائي في كتاب البيوع، باب الشركة في الرقيق الحديث ٤٧١٣). وأخرجه الإمام مالك في الموطا في كتاب العتق والولاء، باب الشرط في العتق الحديث ١٥٠٥. وقال علي رضي الله عنه: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وذكر السرخسي تأويل قوله صلى الله عليه وسلم في رواية " فهو حر كله" سيصير حرا كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية، فيكون فيه بيانا أنه لا يستدام الرق فيما بقى منه، وهو مذهب أبي حنيفة. انظر: «المبسوط» ٧/ ١٠٣، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى التاتارخانية» ٤/ ٣٣٣.

(١) انظر «المبسوط» ٧/ ١١٠.

(٢) قال العتابي في تأصيل هذا الباب: المعاوضة تقتضي سلامة بإزاء سلامة، لكن في الكتابة سلامة البدل بإزاء سلامة الاكتساب، وفي العتق على مال سلامة البدل بإزاء سلامة الرقبة. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٤٤.

(٣) انظر أحكام هذا الباب في «المبسوط» ٨/ ٣٢.

أما الفصل الأول[1]:

قال محمد رحمه الله: عبد بين شريكَين، كاتَبه أحدهما على ألف فأدّاها إليه، نقول: عند أبي حنيفة رحمه الله نَفَذت الكتابة في نصيبه، وتوقّفت في نصيب الشريك، لأنها تَتجزّأ عنده، ولشريكه أن يفسَخ الكتابةَ دفعاً للضرر عن نفسه، وموجَبها في الحال ملك المكاسب، وملك المال مما يحتمل النقص على ما عرف في الأصل، فإن لم يفسخ حتى أدّى البدل، عتق نصفه.

وللساكت خيارات ثلاثة: إن كان المكاتب موسِراً، إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء ضمن شريكه، وإن شاء استَسعى العبد في نصيبه، فإن ضمنه كان للمكاتب أن يرجع على العبد بما ضمن، لأنه يملك نصيب الساكت بأداء الضمان، والولاء كله للمكاتب.

وإن كان معسراً فله خَياران: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى، والوَلاء بينهما، كما هو الحكم في إعتاق عبد مشترك، وله أيضا أن يرجع على شريكه بنصف ما قبض من العبد[2]، لأنه كسب عبدٍ مشترك، لأن الكتابة لم تنفذ في نصيب الساكت، فبقي الكسب مشتركا.

وإذا رجع على شريكه[3] بنصف ما أخذ من العبد، لم يرجع المكاتَب بذلك على

---

(١) في (ا) و (ب). "الأول".

(٢) في (ا) و (ب): "الكسب" مكان "العبد".

(٣) في (ا) و (ب): "عليه".

العبد، لأنه كاتب كلّه على ألف درهم[١]، فكان بدل نصيبه خمسمائة، وقد سلمت له خمسمائة، فلايرجع عليه بالزيادة.

وإن كاتب نصيبه على ألف، فأدّاها إليه، عتق نصيبه، وللساكت ما قلنا في الفصل الأول، إلا أن هنا إذا رجع الساكت على شريكه بنصف المأخوذ، كان للمكاتب أن يرجع على العبد بما أخذ منه، لأنه جعل الألف بدلاً عن نصيبه، وقد سلّم نصيبه للعبد، فإذا استحقّ عليه شيء من البدل، له أن يرجع بذلك على العبد.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله: كتابة النصف وكتابة الكل سواء، لأنها لاتتجزأ[٢]، وللشريك أن يفسخ قبل الأداء دفعا للضرر عن نفسه، فإن لم يفسخ حتى أدّى

---

(١) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) لا يتجزأ العتق عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، ويعتق كله، ولا سعاية عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصا من عبده فهو من كله، ليس لله فيه شريك». أخرجه أبوداود في كتاب العتق، باب فيمن أعتق نصيبا له في من مملوك، الحديث: ٣٩٣٣.

والعتق إسقاط للرق، والرق لا يتجزأ ابتداء وبقاء، فإسقاطه بالعتق لا يتجزأ أيضا، كما أن الحل لا يتجزأ ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزي، وبيانه أن فعله إعتاق، فلا يتحقق إلا انفعال العتق في بعض الشخص، لو بقي الرق في شيء منه كان في ذلك تجزّي الرق في محل واحد، وذلك لايجوز، فان الذي ينبني على العتق من الأحكام يضاد أحكام الرق من تكميل الحدود والاهلية للشهادات والارث والولايات، ولا يتصور اجتماع الضدين في محل واحد.

ورجّح الإمام السرخسي قولهما فقال: الاصح أنه لايتجزأ، لأن سببه، وهو القهر لا يتجزأ، إذ لا يتصور قهر نصف الشخص دون النصف، والحكم ينبني على السبب، وكذلك الاستيلاد سببه لايتجزأ. وهو نسب الولد. «المبسوط» ٧/ ١٠٣، ١٨٦، «فتح القدير» ٣/ ٣٧٧، «الفتاوى

البدل عتق كله، وللساكت أن يرجع على شريكه بنصف ما أخذ من العبد، لأن الكتابة لم تكن لازمةً في حق الساكت، فبقي الكسب مشتركا، وما بقي في يد العبد من الأكساب قبل العتق، يكون مشتركا، نصفه للعبد ونصفه للشريك[1] الساكت، لأنه كسب عبد مشترك.

وإذا رجع الساكت على المكاتب بنصف المقبوض، لايرجع المكاتب[2] بشيء على العبد، لما نذكر في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

ثم هو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، إن كان موسرا ضمن لشريكه نصف القيمة، وإن كان معسرا سَعى العبد في ذلك، والولاء كله للمكاتب على ما عرف.

وأما الفصل الثاني:

عبد بين شريكين أعتقه أحدهما على ألف، فهو على وجهين: إما إن قال: أنت حُرّ على ألف، أو قال: نصيبي منك حُرّ على ألف.

ففي الوجه الأول: إذا قبل العبد عتق نصفه، ولايلزمه إلاخمسمائة، لأنه قابَل الألف بكل الرقبة، ولم يعتق منه إلانصفه، فلايقبض منه إلاخمسمائة، بخلاف الكتابة، فإن ثمّة يأخذ كل البدل، وإن لم تنفذ الكتابة إلا في النصف، لأن في الكتابة العتق يتعلق بالأداء، فكان قبض الألف محتاج إليه لنزول العتق، وهنا ينزل العتق بمجرد القبول، فلايقبض إلامقدار حقه، وهو خمس مائة.

التاتارخانية» ٤/ ٣٣٤.

(١) "للشريك" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "المكاتب" ساقط من (ا) و (ب).

وإذا قبض منه خمس مائة، يرجع الساكت عليه بنصف ما قبض، لأنه كسب عبد مشترك أعتقه أحدهما، فبقي نصف كسبه ملكا للساكت، ثم المعتق يرجع على العبد بما أخذ منه الساكت، لأنه سلّم للعبد ما يقابل الخمسمائة، فإذا استحق عليه شيئ من الخمسمائة رجع بذلك على العبد.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا قال: نصيبي منك حُرّ على ألف، فقبل العبد عتق نصفه، ولزمه ألف، وإذا قبض الألف رجع الساكت عليه بنصف ما أخذ[1]، لما قلنا أنه كسب عبدٍ مشترك، ثم هو يرجع بذلك على العبد، لأنه جعل الألف بدلا عن نصيبه، وقد سلم له نصيبه، فإذا استحق عليه شيئ من بدل نصيبه رجع بذلك على العبد.

ثم هو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، فإن كان المعتق[2] موسرا ثبت للساكت ثلاث خيارات: إن شاء أعتق، وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى، فإن أعتق أو استسعى، فالولاء بينهما، وإن ضمن كان الولاء للمعتق، ويرجع المعتق على العبد بما ضمن، لأنه ملَك المضمونَ بأداء الضمان، فقام مقام الساكت في الاستسعاء، وهذا كله قول أبي حنيفة.

أما على قول أبي يوسف ومحمد: قوله "أنت حُرّ عَلى ألف"، وقوله: "نصيبي منك حُرّ على ألف" سواء، إذا قبل العبد عتق كله، لأن الإعتاق عندهما لايتجزآ، ويلزمه ألف درهم، لأنه قابَل الألف بعتق الكل، وقد عتق، فيأخذ المعتق ألفا، ولايرجع الساكت

---

(١) "ما أخذ" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "المعتق" ساقط من (ا) و (ب).

عليه بشيء مما أخذ، لأنه عتق بالقبول، فكان المؤدّى كسب الحُرّ، بخلاف الكتابة، لأن ثمّة العتق لاينزل قبل الأداء، فكان المؤدّى كسب عبدٍ مشترك.

وهو كعبد بين شريكين أعتقه أحدهما، عندهما: يعتق كله، وللساكت حق التضمين إن كان المعتق موسرا، وحق الاستسعاء إن كان معسرا، والولاء كله للمعتق في الحالين، فإن كان موسرا، وضمنه الساكت، لايرجع على العبد بما ضمن، لأنه أدّى دَينا على نفسه، فلايرجع على غيره.

وإن كان معسرا واختار الساكت استسعاء العبد، فإن كان العبد أدّى ألفاً إلى المعتق رجع عليه بنصفه، وإن كان لم يؤدّ إليه الألف[1] تَسقط عنه نصفها، ويؤدّي خمسمائة، لأنه قابَل الألف بعتق الكل، وحالة العسار لم يسلم له كل العتق من جهته، حيث وجبت عليه السعاية، فيرجع عليه بنصف البدل، بخلاف حالة اليسار.

فإن كان في يد العبد مال بعد العتق، فقال المولى: اكتسبتَه قبل العتق فهو لي، وقال العبد: لابل اكتسبتُه بعد الحُرّية، فالقول فيه[2] قول العبد، لأن الكسب حادث، فيحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات، وهو ما بعد العتق.

ولو قال الشريك[3] الساكت: أنا لاأريد الضمان أو السعاية، ولكنى أجيز الإعتاق بالبدل الذي أعتقه شريكي، والمعتق موسرٌ أومعسرٌ، له ذلك في قول أبى حنيفة، ويأخذ

(١) "إليه الألف" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "الشريك" ساقط من (ا) و (ب).

نصف البدل، لأنه عنده يوقف الإعتاق في نصيب الساكت، فيملك الإجازة، وعندهما عتق كله على المعتق، ولم يتوقّف، فلايملك الإجازة.

وأما الفصل الثالث:

عبدين بين شريكين، قال له أحدهما: إن أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فاكتَسَب كسبا، وأدّى إليه الألف، عتق نصفه في قول أبي حنيفة، لأن المعلّق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز، وللساكت أن يأخذ من المعتق نصف الألف، لأنه كسب عبدٍ مشترك، ولايرجع المعتق بذلك على العبد، موسرا كان المعتق أو معسرا لما قلنا.

ولو قال: إن أدّيت إليّ ألفا فنصيبي منك حُرّ، فهذا والأول سواء، إلا في خَصلة واحدة، وهو أن المعتق يرجع على العبد بما أخذ منه شريكه من الألف لما قلنا.

وعند أبي يوسف ومحمد: إذا أدّى إليه ألفا، عتق كله في الوجهين لعدم التجزّي، وللساك ،ان يرجع على المعتق بنصف الألف، لأن في التعليق العتق لاينزل قبل الأداء، فكان المؤدّى كسب عبدٍ مشترك، وفي الفصل الثاني العتق نزَل بمجرد القبول، فكان المؤدّى كسب الحُرّ.

وهل يرجع المعتق على العبد بما أخذ منه الساكت من الألف؟ إن كان المعتق موسراً يرجع، لأنه سلّم للعبد من جهته كل الرقبة، فيرجع بما استحق من البدل، وإن كان معسرا لايرجع، لأنه لم يسلم للعبد من قبله كل الرقبة، حيث وجبت السعاية عليه.

هما فرّقا بين هذا وبين الكتابة، في الكتابة لايرجع المعتِق على العبد بما أخذ منه الساكت من البدل، موسرا كان أو معسرا.

والفرق أن في الكتابة البدل مقابل بسَلامة الأكساب، والساكت يملك نصف أكسابه على كل حال، ويأخذ نصف كسبه مما أدّى، ومما بقي في يده بعد الأداء، فإذا لم يسلم للمكاتب نصف الكسب، لا يرجع المكاتب عليه بما أخذ منه الشريك من البدل.

أما هنا: المال مقابل بالعتق لا بالكسب، وقد حصل له عتق الرقبة من قبله حالة اليسار، ولم يسلم حالة الإعسار، فلهذا افترقا، وما بقي في يده من المال، كان للساكت أن يأخذ منه النصف، لأنه كسب عبد مشترك.

باب مما يعتق أو يكاتب أو يخلع فيكون جائزا على العبد

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن التصرف إذا اشتمل على معنيَين يجب اعتبارهما ما أمكن[1]، فإن تعذّر اعتبار أحدهما يعتبر[2] الآخر.

والثاني: أن الكتابة وتعليق العتق بأداء المال، كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين والمعاوضة، لأن المبذول من قِبل العبد مال، ومن المولى عتق، وكل واحد منهما مقابل بالآخر يتعلق وجوبه به.

والمال مما لا يحلف به، ولا يقبل التعليق بالخطر[3]، والعتق مما يحلف به، ويصحّ

(١) من أصول الترجيح "أن الشيء إذا تردّد بين أمرين يُوفّر حظّه عليهما"، مثل الرهن تبرع ابتداء، وأمانة قبل القبض، وبعد القبض صار من الضمان، فيجب في الرهن مراعاة الجانبين.

(٢) في (ج) و (د): "اعتبر".

(٣) من القواعد المسلّمة لدى الفقهاء أن "تعليق التمليك بالخطر باطل"، ذكرها الإمام الكرخي في أصوله بقوله: "الأصل أن تعليق التمليك بالأخطار باطل، وتعليق زوالها بالأخطار جائز"، والمراد من "الخطر": الأمر الذي تردّد بين الوجود والعدم، والذي يمكن أن يقع وأن لا يقع. فإذا قال رجل لآخر: "إذا دخلت هذه الدار فقد بعتكها بمبلغ كذا"، فقال: قبلت، لم يصح العقد، و لم يقع الملك عند حصول الشرط، ولو قال لامرأته: "إذا دخلت الدار فأنت طالق"، أو قال لعبده: "إذا دخلت فأنت حر" صح، وعند وجود الشرط يقع الطلاق والعتاق ويزول ملك النكاح وملك

تعليقه بالخطر، فكان كل واحد منهما مشتملا على معنى اليمين والمعاوضة، فيجب اعتبارهما.

إلا أن في التعليق جانب اليمين راجح، لأن صيغته صيغة اليمين بغير الله تعالى، وهو ذكر الشرط والجزاء، وفي الكتابة جهة المعاوضة [راجحة، لأن صيغته صيغة المعاوضة، فرجّحنا فيها جهة المعاوضة.][1]

فقلنا: بأن التعليق لايقبل الفسخ، وينفرد به المولى، والكتابة تحتمل الفسخ، ولاتَتِمّ من غير قبول، ويرد البدل بعيب الزيافَة[2] في الفصلين اعتبارا للمعاوضة.

وفي الباب فصول ثلاثة: تعليق العتق بأداء العبد، والتعليق بالحج، والتعليق بأداء المال.

وكل ذلك على وجهين: إما إن كان في الحياة، أو مضافا إلى ما بعد الموت.

وبدأ بالفصل الأول، قال محمد رحمه الله:

رجل قال لعبده: «إذا أدّيت إلى عبداً فأنت حُرّ»، ولم يُضف العبد إلى جنس، ولم يذكر القيمة، فهو صحيح، لما ذكرنا أنّ هذا التصرف مشتمل على معنى اليمين، وليس من

اليمين. انظر «أصول الإمام الكرخي» ص ١١٥، «التحرير في شرح الجامع الكبير» للحصيري، مخطوط، ٥/ ١٦٧، «المقنع» لابن قدامة، ٢/ ٣١.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٢) زَاف يزِيف زيفـا وزيوفـا، زافَت الدراهم: ردُؤت، أي: صـارت مـردودة لِغشّ، درهـم زَيف وزائف: رديئة. «القاموس المحيط» ص ١٠٥٦، «المصباح المنير» ص ٢٦١.

شرط صحة اليمين إعلام الشرط، مع أن هذه الجهالة تتحمل في الكتابة، فإن مَن كاتَب عبدَه على عبد يصح، وينصرف إلى الوسط لما روي عن ابن عمر[1] رضى الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصَفاء[2].

فإن جاء بعبد ردئ لايجبر المولى على قبوله، لأن الجبر على القبول من قضيّات المعاوضة، لامن قضيات اليمين، فإن الحالف لايجبر على تحصيل الشرط، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط نظرا للعاقدين، وتسوية بينهما.

فإن قبل المولى الردئ عتق العبد[3] لوجود الشرط، وهو أداء مطلق العبد إليه، وتعيين الوسط كان لدفع الضرر عن المولى، فإذا رضي به، لامعنى لاعتبار وصف الوَسَاطة، فبقي العتق معلقا بأداء عبد مطلق.

وإن جاء بعبد وسط يجبر على القبول، ومعناه أنه يجعل قابلا حتى ينزل العتق، لأن هذا التصرف مشتمل على معنى المعاوضة، ولهذا أثبتنا له حق الردّ إذا وجد بالبدل

---

(١) هو عبدالله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد سنة ثلاث من البعث النبوية، أسلم مع أبيه وهاجر، وعرض على النبي ﷺ ببدر فاستصغره، ثم بأحد فكذلك، ثم بالخندق فأجازه، وهو يومئذ ابن خمس عشرة سنة. روى عن أبي بكر وعمر وعثمان وأبي ذر ومعاذ وعائشة وغيرهم، وروى عنه من الصحابة: جابر وابن عباس وغيرهما وجماعة كثيرة من كبار التابعين، توفي وهو بلغ ٨٧ سنة. انظر ترجمته في: أسد الغابة ت ٣٠٨٢، الاستيعاب ت ١٦٣٠، الثقات ٣/ ٢٠٩، الإصابة ت ٤٨٥٢، تجريد أسماء الصحابة ١/ ٣٢٥.

(٢) لم أجد هذا الأثر بعد البحث والتنقيب.

(٣) "العبد" ساقط من (ج) و (د).

عيبا.

واعتبار المعاوضة يوجب الجبر على القبول كما في النكاح والكتابة، أما الحالف لايجبر، ولاينظر إلى قيمة المعتق، لأن المسمّى ثابت، ووجوب المسمّى يمنع المصير إلى قيمة المعقود عليه كما في النكاح.

واختلفوا في الوسط، قال أبو حنيفة: الوسط السّنديّ، وقيمته أربعون دينارا. وقال أبو يوسف ومحمد: لايعتبر السّندي، وإنما يعتبر الغَلا والرخص.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان، فإن في زمن أبي حنيفة كان العبيد ثلاثة أجناس: الخراساني، والسندي، والحبشي، والوسط هو السندي، وفي زمنهما كثُر أجناس العبيد، فاعتبر القيمة.

وقيل: في ديارنا الأرفَع أعزّ الأتراك، وأحسن الأتراك، وأعزّ الهنود الوسط، والأدوَن أخَسّ الهنود.

وإن علّق العتق بإعتاق العبد، فهو على وجوه ثلاثة: إما إن كان في الصحة أو في المرض أو مضاف إلى ما بعد الموت.

أما الأول: رجل قال لعبده: أعتق عني عبدا وأنت حُرّ، أو قال: إن أعتقت عني عبدا فأنت حُرّ، فهما سواء، لأن جواب الأمر بالواو كجواب الشرط بالفاء، لما عرف في موضعه، ويصير العبد مأذونا في التجارة، لأنه أمرَه بالإعتاق عنه، وذلك لايكون إلابالتمليك.

ألاترى أن من قال لغيره: أعتق عبدك عني على ألف درهم، كان طلبا للتمليك،

كأنه قال: ملكني ثم كُن وكيلي في الإعتاق، كذلك هنا، وتمليك العبد من المولى لايكون إلا بالكسب.

ولو رضي المولى بكسب العبد يكون إذنا، فكيف إذا حَرّضه على الاكتساب، ووَعَد له العتق، وينصرف إلى الوسَط، لأن أوجب العتق بتمليك العبد منه، فكان في معنى المعاوضة، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط.

فإن اشترى عبدا وسطا أو وهب له وأعتقه عن المولى جاز، وعتقا جميعا لوجود الشرط، وإن اشترى عبدا رديئا، وأعتق عنه أو جيّدا، جاز شراءه، ولايعتق واحد منهما، أما جواز الشراء فلأنه مأذون في التجارة، وأما عدم العتق لأنه مملوك لايملك الإعتاق إلا بالنيابة عن المولى، والمولى أمره بإعتاق الوسط، فلايملك إعتاق الجيد، وإذا لم يعتق المشتري لايعتق المأمور لعدم الشرط، وهو الإعتاق عن المولى.

ولو قال: أعتِق عبدا وأنت حُرّ، فهو في القياس باطل[1]، لأنه علق العتق بما لايتكوّن، وهو الإعتاق، إذ العبد ليس من أهل الإعتاق[2]، وفي الاستحسان يصح.

وإذا أعتق عنه عبدا وسطا يعتق، لأن هذا الكلام تعيّن تصحيحه بإضمار كلمة "عني"، فيصار إليه، كما لو قال: أدّ ألفا وأنت حُرّ، فإنه يصح، ويجعل كأنه قال: أدّ إليّ ألفا وأنت حُرّ.

فرق بين هذا وبين ما لو قال الحُرّ: أعتق عبدك، فأعتق، كان العتق عن المأمور. ولو

---

(١) وفي (ج) و (د): "فهو باطل في القياس".

(٢) "الإعتاق" ساقط من النسخ الأخرى.

قال: أعتق عبدك عنّي فأعتق، كان العتق عن الآمر[1].

والفرق أن ثمّة المخاطَب يملك الإعتاق عن نفسه، فلاحاجة إلى الإضمار، أما العبد لايملك الإعتاق إلابطريق النيابة، فمَسّت الحاجة إلى الإضمار، وإذا صح كلامه ينصرف إلى الوسط لما، قلنا في الوجه الأول.

ولو قال المولى في مرضه: أعتق عنّي عبدا وأنت حُرّ، فأعتق عنه عبدا وسطا، ينظر إلى قيمة الوسط وإلى قيمة المأمور، فإن كانا سواءً، لم يكن إعتاق المأمور وصيةً، كما لو أعتقه على ألف، وقيمته ألف، فإنه لايعتبر وصية، بقي إعتاق الوسط وصية، كما لو أعتقه الآمر بنفسه، فيجب اعتباره من الثلث، فإن لم يكن له مال آخر يعتق ثلثه، ويسعى في ثلثيه.

وكذا لو كانت قيمة الوسط أكثر من قيمة المأمور، وإن كانت أقلّ بأن كانت قيمة المأمور ستين دينارا، وقيمة الوسط الذي جعله بدلا أربعين دينارا، عتق ثلثا المأمور بعوض، فلايعتبر فيه[2] الوصية بقي ثلثه بغير عوض، فكان مال الميت جميع البدل، وقيمته أربعون دينارا، وثلث المأمور[3] عشرون دينارا، فجملته ستون دينارا فثلثه عشرون دينارا، فيقسّم ثلث ماله وهو عشرون دينارا بين البدل وبين المأمور على قدر حقهما.

فحق البدل في جميع رقبته وهو أربعون، وحق المأمور في ثلثه وهو عشرون،

---

(١) وفي (ج) و (د): "كان عن الآخر".

(٢) "فيه" ساقط من (ج) و (د).

(٣) زاد هنا في (ج): وقيمته عشرون.

فيقسم ثلث مال الميت أثلاثا[1]، الثلث للمأمور وهو ستة، وثلثان يسلم له ذلك، ويسعى فيما بقي من رقبته، وهو ثلاثة عشر وثلث، وسلّم للبدل ثلث العشرين، وذلك ثلاثة عشر وثلث، ويسعى فيما بقي من رقبته وهو ستة وعشرون وثلثان، فيسلم للورثة سأربعون دينارا، وقد نفذنا الوصية في عشرين دينارا فاستقام الثلث والثلثان.

ولو قال: أعتق عنّي بعد موتي عبدا وأنت حُرّ، فهذا وما تقدم سواء، ينصرف إلى الوسط إلا في خصلة، وهي أن هنا إذا أعتق عنه عبدا وسطا بعد موته، لايعتق المأمور إلابإعتاق الوارث أو الوصيّ أو القاضي، وفيما تقدم إذا أعتق عبدا[2] وسطا يعتق المأمور من غير إعتاق، لأن في حالة الحياة أمكن اعتبار هذا التصرف تعليقا، فيعتبر تعليقا، لما ذكرنا أن معنى اليمين أصل في هذا التصرف. وإذا اعتبر تعليقا، فإذا وُجد الشرط، وهو الإعتاق عنه، يَنحلّ الجزاء، أما بعد الموت لايمكن اعتباره تعليقا، لأن الموت يبطل التعليق.

ألاترى أن من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حُرّ، ثم مات يبطل اليمين، وإذا كان الموت مبطلا لليمين، كان مانعا انعقاد اليمين بطريق الأول، وكما تعذّر اعتباره تعليقا تعذر اعتباره كتابة بعد الموت، لأنه لايملك ابتداء الكتابة بعد الموت، فلايملك إضافة الكتابة[3] إلى ما بعد الموت، وإذا تعذر اعتباره يمينا وكتابةً، يجعل وصية تصحيحا لتصرفه بقدر الإمكان، إلاأنها وصية بعتق يتراخَى عن الموت، لأنه لايستحق العتق بنفس الموت،

---

(١) جاءت العبارة في (ج) و (د): فيقسم الثلث بينهما أثلاثا.

(٢) "عبدا" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) وفي (ج) و (د): "إضافتها" بسقوط "الكتابة".

وإنما يستحق العتق بعد الإعتاق عن المولى، وفي مثل هذا لايعتق إلا بإعتاق من قام مقام الميت، وهو الوارث أو الوصيّ أو القاضي، كمن قال لعبده: أنت حُرّ بعد موتي بيوم.

فإن قالت له الورثة بعد موت المولى: "أعتق عبدا وإلا بعناك" لم يكن لهم ذلك، لأن فيه إبطال الوصية الجائزة، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي. فيؤجّله القاضي على حسب ما يرى، ويضرب له مدة ثلاثة أيام أو أكثر، لأنه لو تركه مؤبّدا كذلك يتعطّل حق الوارث، ولو ألزمه التعجيل يبطل حق العبد، فيجب مراعاة الحقين بإبلاء العذر، كما في أجل العنّين.

فإن لم يعتق في تلك المدة عبدا، ردّه القاضي إلى الورثة، وتبطل الوصية، وصار هذا كمن كاتَب عبدا حاضرا وعبدا غائبا له، على ألف درهم، فمات الحاضر قبل الأداء، يقال للغائب: إما أن تؤدّي الألف أو تردّ الرق، فإن لم يؤدّ ليس للمولى أن يرده، ولكن يرفع الأمر إلى القاضي، فيؤجّله على قدر ما يرى، فإن لم يؤدّ الألف في تلك المدة، ردّه إلى الرق، كذلك هنا.

وكذا لو قال المولى لورثته: إذا أعتق عنّي عبدا بعد موتي فأعتقوه، لايعتق إلا بإعتاق الورثة، وليس لهم إبطال هذه الوصية، ولهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضي على نحو ما قلنا.

وأما الفصل الثاني وهو التعليق بالحج:

فهو على وجهين: إما إن علّقه بنفس الحج،[1] أو بأداء ما يحجّ به من المال، وكل

---

(١) في الأصل: "بنفس العتق"، والمثبت من النسخ الأخرى، وهو الصحيح.

ذلك على وجهين: إما إن كان ذلك في حالة الحياة، أو مضافا إلى ما بعد الموت.

فإن علّق الحُرّية بنفس الحج في حياته فقال: حَجّ عنّي وأنت حُرّ، أو قال: إذا حجَجت عنّي فأنت حُرّ، لم يذكر هذا في الكتاب، قالوا: وهو باطل، لأن الحج عن الغير لايجوز إلا عند العجز[1]، فهذا تعليق بشرط لايتصور، فيكون باطلاً.

وإن علّق العتق بأداء مال يحجّ به، فقال: أدّ إليّ ألفا أحجّ بها وأنت حرّ، أو قال: إذا أدّيت إليّ ألفا أحجّ بها فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، عتق، حجّ بها أو لم يحجّ، لأن قوله: "أحج بها" خرج على وجه المشورة، لاعلى وجه الشرط، لأنه ما أدخل حرف الشرط في الحج، ولاقرَن الحجَ بالأداء بحرف الوصل، وهو حرف العطف، فيكون مشورة.

ألاترى أن من قال لغيره: إشتريت منك هذه الجارية بألف درهم استولدها، لايكون شرطا حتى لايفسد به البيع. وكذا لو قال لغيره: داري لك تسكنها، أو طعامي لك تأكله، لايكون مشورة.

وإذا جاء بالألف يجبر المولى على القبول، لأن الألف عوض.

ولو قال له: إذا أدّيت إليّ ألفا فحجَجتُ بها فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا، لم يعتق

(١) قال الحصكفي: حج الفرض يقبل النيابة عند العجز فقط، لكن بشرط دوام العجز إلى الموت، لأنه فرض العمر، حتى تلزم الإعادة بزوال العذر... وشرط العجز المذكور للحج الفرض، دون النفل لاتساع بابه. راجع «الدر المختار» على هامش «ردّالمحتار» ٢/ ٢٣٨، و٢٤١.
وقد نصّ عليه الإمام قاضي خان في كتاب الوصايا من هذا الشرح، باب من الكفارات في الحج إذا حج الرجل عن الرجل، فقال فيه: كالحج، تجوز فيها النيابة عند العجز، ولا تجوز عند القدرة. ص ٧٣٠.

حتى يحجّ بها[١]، لأنه علّق العتق لشيئين: بأداء الألف والحج بها، لأنه عطف الحج على الأداء، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، فتعلق العتق بهما.

وإذا جاء بالألف لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول من قضيات المعاوضة، والمعاوضة إنما تتحقّق إذا حصل العتق بأداء المال، وههنا لايحصل، العتق بأداءالمالي،[٢] فلايكون عوضا، ولأن فائدة الجبر على القبول نزول العتق، والعتق تعلّق بشيئين، بالأداء والحج جميعا، وهو لايجْبر على الحج، فلايفيد الجبر على القبول.

هذا إذا علّق العتق بذلك في حياته، فإن[٣] أضافه إلى ما بعد الموت، فهو على وجهين: إما إن علّقه بنفس الحج، أو بأداء ما يحجّ به.

أما إذا علقه بنفس الحج فقال: حَجّ عنّي بعد موتي وأنت حرّ، أو قال: إن حججتَ عنّي بعد موتي فأنت حُرّ يصح، وينصرف إلى الحجة الوسَط من منزل المولى، لأن الأمر بالإحجاج عنه ينصرف إلى الحج من منزله، إذا كان في ثلث ماله وفأ به، فكذلك هذا.

وإنما ينصرف إلى الوسَط، لأن هذه وصية فيها معنى المعاوضة، فينصرف إلى الوسط، ولأن المراد من الوسط "الوسط في النفقة"، وهو أن لايكون فيه تقتير ولا إسراف[٤]، لأن العائد إلى الميت ثواب نفقة الحج، فعند التقتير يقلّ ثوابه، فيتضرّر به،

---

(١) "بها" ساقط من ج.

(٢) قوله: "العتق بأداء المال" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج): "أما إذا".

(٤) «فتح القدير» ٣/ ١٣٦.

وكما يتضرّر بالتقتير، يتضرّر بالإسراف، فإن ما يفضل من أكساب العبد يكون تركة له، يقضى منه ديونه، وينفذ منه وصايا، فيتضرر بالإسراف، فتعيّن الوسط.

وقيل: "الوسَط" ما يكون على راحلة[١]، لأن "المرتفع" ما يكون معماري، وما يجرى مجراه، و"الأدنى" ما يكون ماشيا، والوسط ما يكون على راحلة[٢].

وإذا حَجّ عنه بعد موته من منزله حَجّة وسطا لايعتق إلا بإعتاق القاضي أو الوصيّ أو الوارث لما قلنا، وإذا أعتق يعتبر عتقه من الثلث، قَلّت قيمة الحج أو كثُرت بأن كانت أكثر من قيمة العبد.

فرق بين هذا وبين ما لو قال له [٣] في مرضه: أعتق عنّي عبدا[٤] فأنت حُرّ، فأعتق عنه عبدا وسطا، فإنه ينظر إلى قيمة المأمور وإلى قيمة الوسط، فإن كانت قيمة الوسط مثل قيمة المأمور[٥] أو أكثر من قيمة المأمور[٦]، لم يكن إعتاق المأمور وصية، حتى يعتبر عتق المأمور من جميع المال.

والفرق من وجهين: أحدهما أن في الفصلين ما تعلق عتق العبد بأدائه، لايعتبر

(١) ورد في الأصل هنا: "زاملة"، وهو تصحيف.

(٢) كذا في الأصل، والعبارة: "والوسط ما يكون على راحلة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "له" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "هذا مكان عبدا".

(٥) وجاءت العبارة في الف: "قيمة المأمور مثل قيمة الوسط".

(٦) "من قيمة المأمور" ساقط من (ج) و (د).

ذلك من مال المولى قبل الأداء، لأنه مشغول بحاجة العبد، وإنما يصير مالا للمولى بعد الأداء، ولهذا لو قال لعبده: إن أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرٌّ، فأدّى إليه ألفا، عتق، ولا يرجع المولى عليه بمثلها.

ولو اعتبر ذلك مال المولى قبل الأداء، لرجع عليه بمثلها بعد العتق، فإن سلّم للمولى مال بعد أداء ما تعلق به عتق العبد، كان عتق العبد حاصلا بعوض، وإلا فلا.

ففي فصل الحج بعد الحج، وإمضاء النفقة لايسلم للمولى مال بعد العتق، فيجعل هذا وصية بالعتق بغير بدل، فيعتبر من الثلث، وفي فصل الإعتاق عن المولى سلم للمولى مال بعد الأداء، لما عرف أن المأمور يجعل مملكا من المولى العبد الوسط، ثم يصير وكيلا عنه في الإعتاق، فيعتبر عتق المأمور من جميع المال، إذا كانت قيمة الوسط مثل قيمة المأمور أو أكثر.

و الفرق[1] الثاني: أن في الفصل الثاني[2] إعتاق العبد ما هو حق الورثة، وهو ثلثا مال الميت، يسلم لهم لوجوب السعاية على العبد الوسط[3]، لأنه يسعى في ثلثي قيمته، فلاحاجة إلى إيجاب السعاية على المأمور لحق الورثة.

أما هنا لايسلم للورثة مال من غير المأمور، فوجبت السعاية عليه رعايةً لحق الورثة، فإن كان أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، وليس له مال سوى العبد، كان ثلث ماله

(١) "الفرق" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "الفصل الثاني" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "الوسط" ساقط من (ج) و (د).

بينهما، يضرب العبد بجميع رقبته، لأنه موصى له بجميع رقبته، والموصى له بالثلث بثلث الرقبة، فيكون الثلث بينهما على أربعة.

وإذا صارت الثلث أربعة، صار الكل أثني عشر، فيكون للموصى له بالثلث سهم من أثني عشر، وللورثة ثمانية أسهم، فيسعى العبد في تسعة أسهم، ثمانية أسهم[١] للورثة، وسهم للموصى له بالثلث[٢]، ويحط عنه ثلاثة، ثم لم يقدم العتق على غيره من الوصايا، لأن الوصية بالعتق حصلت على وجه لاينفذ إلابالتنفيذ، لأنه لايعتق بدون الإعتاق، وإنما يقدم العتق على غيره من الوصايا إذا كان منفذا، إلاأنه يستحق الضرب بجميع رقبته، لأن الموصى له بالعتق يضرب بجميع حقه عند الكل وإن جاوز الثلث.

ولو قال: أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة يحج بها عنّي وأنت حُرّ، صح، ويلزمه قيمة حَجّة وسط من منزل المولى، وإذا جاء بقيمة حَجة وسط، أجبر الوصي[٣] على القبول، وأمر بإعتاقه، ولايكون الحج بها شرطا لما قلنا.

ثم ينظر إن كانت قيمة الحج مثل قيمة العبد لم يكن العتق وصية، لأن العتق تعلق بأداء القيمة، والقيمة تصلح عوضا، ويحج عن الميت بثلث تلك القيمة، لأن القيمة مال الميت، والوصية بالحج إنما يجب تنفيذها من ثلث ماله الميت[٤] من حيث يبلغ، فإن كان

---

(١) "أسهم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "بالثلث" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي (ج) و (د): "المولي" وهو خطاء.

(٤) "الميت" ساقط من (ج) و (د).

أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، كان الثلث بينهما على أربعة: ثلاثة أرباعه للحج، وربع الثلث للموصى له.

من المشايخ من قال: هذا على قول أبي يوسف ومحمد، لا على قول أبى حنيفة رحمهم الله، لأن الوصية بالحج تعلّقت بعين هذه الدراهم، وقد بطلت الوصية فيما زاد على الثلث استحقاقا، فتبطل ضربا أيضا عند أبى حنيفة، فيكون نصف الثلث للحج، والنصف للموصى له.

وعندهما إذا بطلت الوصية بالحج فيما زاد على الثلث استحقاقا، لاتبطل ضربا، فكان الثلث بينهما على أربعة: ثلاثة أرباع الثلث يكون للحج، وربع الثلث للموصى له[١].

ومنهم من قال: لا بل هذا قول الكل، لأن الوصية بالحج تعلّقت بما يؤدّي العبد إلى الوصيّ، فتكون بمنزلة الوصية بمال مرسَل، وفي الوصية بمال مرسل إذا بطلت فيما زاد على الثلث استحقاقا، لاتبطل ضربا عند الكل لما عرف في موضعه.

فإن كانت قيمة الحجة مثل ثلثي قيمة العبد، يكون العبد موصى له بثلثه أيضا، فيجتمع في ثلث مال الميت ثلاث وصايا: الوصية بالحج، والوصية لصاحب الثلث، والوصية للعبد، ومال الميت عند تنفيذ الوصايا قيمة الحجة وثلث العبد، لأنه وصل إليه عوض ثلثه[٢]، فيعتبر قيمة ثلثيه كالزائل عن ملكه، بقي ماله عند الموت[٣] ثلث العبد

---

(١) من قوله: "إذا بطلت الوصية" إلى آخر الفقرة ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "قيمة ثلثه".

(٣) "عند الموت" ساقط من (ا) و (ب).

وقيمة الحجة، يقسم ثلث ذلك بين الحجة والعبد والموصى له بالثلث، يضرب العبد بالثلث، وكذا الموصى له، والحجة بجميع قيمة الحجة، فصار الثلث بينهم على أربعة: ربع الثلث للعبد، والربع للموصى له بالثلث، ويحج عنه بنصف الثلث من حيث يبلغ، وهذا جواب ظاهر الرواية.

وعلى قول بعض المشايخ رحمهم الله يضرب الحج بالثلث أيضا، فيصير الثلث بينهم على ثلاثة على ما ذكرنا.

ولو قال: "أدّ إلى وصيّي بعد موتي قيمة حَجّة، فإذا أديتَها فحَجّ بها عنّي فأنت حُرّ"، صح ذلك، فإذا أدّاها لم يجب إعتاقه، ولايجبر على القبول، لما ذكرنا أن العتق تعلق بالأداء والحج جميعا، وإذا حج بها، أعتقه الوصيّ من ثلث ماله، ولايعتبر قيمة الحجة عوضا بدليل أنه لايجبر على القبول، وإنما لاتعتبر القيمة عوضا، لأنها بعد الأداء إلى الوصيّ مال، لايسلم العتق للعبد إلا به بأن يحج عنه، وكل مال لايسلم العتق للعبد إلا به، فهو في الحكم كأنه مال العبد.

ولهذا لو أراد الورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحَجّة لايمكنهم [من ذلك](1)، لأنهم لو أخذوا شيئا ينعدم تمام الشرط وهو الحج، فبطل استحقاق العبد، بخلاف ما تقدم، وإذا لم يكن للورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحجة صار(2)، كأنه حجّ بها قبل الأداء، وإذا لم تعتبر قيمة الحجة عوضا كان إعتاقا بغير عوض، فيعتبر من الثلث، فإن قالت الورثة: نحن

---

(١) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

(٢) "صار" ساقط من (ج).

نأخذ ثلثي قيمة الحجة، ليس لهم ذلك، لما قلنا أن القيمة لم تصر ملكا للمولى، أقصى ما في الباب أن في هذا تأخير حق الورثة، إلا أن ضرر التأخير دون ضرر الإبطال، فرجّحنا جانب العبد.

فإن كان أوصى مع هذا الرجل بثلث ماله، سعى العبد في ثلثي قيمته للورثة، ويكون ثلث العبد بين العبد وبين الموصى له بالثلث على أربعة، يضرب العبد بجميعه في الثلث، والموصى له بالثلث في الثلث، فصار الثلث أربعة، يسعى له في سهم، ويحطّ عنه ثلاثة أسهم من أثني عشر سهما.

ولو قال لعبده: حَجّ عنّي بعد موتي حجّة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوّال، وقالت الورثة: لا ندَع العبد يخرج إلى الحج العام، كان لهم ذلك، لأن مقدار الثلثين من الرقبة والخدمة حق الورثة، فإذا خرج إلى الحج يُشغل عن خدمتهم، وبعد ما حجّ يجب إعتاقه، فيبطل حق الورثة عن الخدمة، فكان لهم أن يمنعوه إلى السنة الثانية، حتى يصل إليهم من منافعه ضِعف ما يصرفه إلى الحج.

اعتبر الثلث والثلثين في المنافع، وأظهر حكم الوصية فيها، ولم يفعل كذلك في حق الكسب، حتى لو قال له: أدّ إلى وصيّي قيمة حجة، فإذا أديتها فحج بها عنّي فأنت حُرّ، لم يكن للورثة أن يأخذوا شيئا من قيمة الحجة.

والفرق أن العبد مُطالَب بصرف منافعه إلى خدمة مولاه، فكانت المنافع مملوكة للمولى، فيعتبر فيها معنى الوصية، أما العبد لايطالب بالكسب، ولايجبر عليه، فلايعتبر ذلك مال المولى قبل الأدا، ولأن في تعليق العتق بأداء المال ما فضَل عن الكسب بعد الأداء يسلم لهم، وهنا بعد أداء الحج يجب إعتاقه، فلايسلم للورثة شيئ فافترقا من هذا

الوجه[1].

وإن مات المولى في شوّال، فقالت الورثة للعبد: اخرج إلى الحج في هذه السنة، وأبَى العبد، فرفعوا الأمر إلى القاضي، يأمره القاضي بالخروج، وأخبَرَه أنه لو[2] إن لم يخرج يردّه إلى الرق، لأن في التأخير وقف العبد، وفيه ضرر بالورثة، لأنهم لايملكون البيع ونحو ذلك، لما فيه من إبطال الوصية، ولايملكون الاستسعاء، لأن أوان الاستسعاء إنما يكون عند العتق، فكان للقاضي أن يدفع هذا الضرر، وذلك يكون[3] للقاضي دون الورثة، لأن إبلاء العذر إلى القاضي كتأجيل العنين وغيره[4].

فإن فعلوا ذلك بأنفسهم، ثم رفع الأمر إلى القاضي بعد ما مضت السنة، فإن القاضي لايُبطل وصية، بل يؤجّله سنةً مستقبلة، لأن ما مضى قبل المرافَعَة غير معتبر، كما في العنين إذا صبَرت المرأة زمانا ثم خاصَمتْه إلى القاضي، فإن القاضي يؤجّله سنة مستقبلة، كذلك هنا[5].

ولو قال له المولى: حج عنّي بعد موتي في هذه السنة وأنت حُرّ، فمات المولى في شوال، فللورثة أن يمنعوه عن الحج في تلك السنة لما قلنا.

(١) "من هذا الوجه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "أنه لو" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "يكون" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) وفي الأصل: "كما في أجل العنين".

(٥) العبارة: "فإن القاضي يوجله سنة مستقبلة" ساقط من(ا) و (ب).

ولايقال: أن فيه إبطال وصية العبد؛ لأنه علق العتق بأداء الحج في تلك السنة، فإذا لم يحج يفوت الشرط، فتبطل وصيته.

قلنا: نعم! لكن لو لم يمنع من الحج[1] يبطل حق الورثة في خدمة العبد[2] لما قلنا، فرجّحنا جانب الورثة، لأن حقهم ثبت بإثبات الله تعالى، وإنه مما لايحتمل البطلان، وحق الموصى له ثبت بإثباته، وإنه مما يحتمل البطلان، ولهذا تبطل الوصية فيما زاد على الثلث لحق الورثة، هذا كمن قال لعبده: اخدُم فلانا هذا الشهر وأنت حُرّ، ثم مات، ولامال له سواه، وأبَى الورثة أن يخدم فلانا الشهر، فإنه يخدم الموصى له يوما والورثة يومين، وإذا مضى الشهر بطلت وصيته كذلك ههنا.

ولو قال له المولى: حَجّ عني [بعد موتي][3] بخمس سنين في سنة كذا وأنت حرّ، فأراد الورثة أن يعجّلوا ذلك، لم يكن لهم ذلك، لأن تنفيذ الوصية حق الميت، فيراعى فيه شرط الميت، وليس في التأخير إبطال حق الورثة، فإن لهم ولاية الاستخدام والاستغلال وغير ذلك من التصرفات إلى تلك السنة، إلا البيع، والموصى يملك إبطال حق الورثة في البيع، ألاترى أنه لو أوصى بأن يخدم فلانا خمس سنين، فإنه يخدم الورثة يومين، وفلانا يوما، ولايملك الورثة بيعه.

وكذا لو قال: يخدم فلانا عشر سنين ثم هو حُرّ، يصح ذلك، فيخدم الورثة يومين،

---

(١) "من الحج" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي الأصل: "في خدمته".

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من النسخ الأخرى.

والموصى له يوما إلى تمام ثلاثين سنة، ثم يعتق، وعليه السعاية في ثلثي قيمته، وليس لهم أن يبيعوه. كذلك هنا يخدم الورثة إلى تلك السنة، ثم يحجّ عن الميت في تلك السنة، ثم يعتق، ويسعى للورثة في ثلثي قيمته، فإن كان أوصى مع ذلك لرجل بثلث ماله، سعى للورثة في ثلثي قيمته وللموصى له في ربع الثلث، وسلم له الباقي.

وأما الفصل الثالث وهو التعليق بأداء المال:

فهو على وجهين: إما إن علّقه بأداء مال مطلق غير مقيد بصفة، أو قيّده بصفة، وكل[1] ذلك على وجهين: إما إن كان شيئا يصلح بدلا في الكتابة أو لايصلح.

أما إذا علقه بأداء مال مطلق، فقال: إذا أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فأتى بالألف، أجبر [المولى][2] على القبول، لأنه عوِض.

وإن جاء بخمسمائة، القياس أن لايجبر على القبول، لأنه لا يحصل[3] به العتق، فلايجبر، كما لو قال: إذا أديت إلى ألفا فجهت بها فأنت حر، فجاد بألف لا يجير على القبول لأنه لا ينزل به العتق، وإنما ينزل با لحج[4] كذلك هنا، وفي الاستحسان يجبر، لأنه بعض العوض، وللبعض حكم الكل، كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن.

بخلاف فصل الاستشهاد، لأن ثمّة لمّا عطف عليه ما لايصلح عوضا، وهو الحج،

---

(١) "كل" ساقط من (ج) و (د).

(٢) ما بين المعكوفتين زيادة من بقية النسخ.

(٣) وفي (ج): "لاينزل".

(٤) من قوله: "فلا يجبر كما لو قال" إلى "وإنما ينزل بالحج" ساقط من (ج) و (د).

ترجّح جانب الشرط. وبطل حكم[1] العوض، ولأن العادة فيما بين الناس أنهم لايريدون به أداء الكل دفعةً واحدة، لأن ذلك مما لايتيسّر عليهم، كيف وأن الأداء لايكون إلا بالوزن، وأنها تُوزن على التفاريق لا جملةً، و«المعروف عرفا كالمشروط شرطا»[2].

ولو شُرِط التفاريق فقال: إذا أدّيت إليّ ألفا، خمسمائة اليوم، وخمسمائة إذا قدم فلان فأنتَ حُرّ، فأتى بخمسمائة في اليوم قبل قدوم فلان، يجبر على القبول، وإن كان لايحصل به العتق، كذلك هنا.

ولو قال: إذا قدم فلان فأدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ، فجاء بألف بعد قدوم فلان، أجبر

---

(١) "حكم" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) قاعدة معروفة في الكتب الفقهية، فالشرط المتعارف يعتبر ويراعى في كل محل، بشرط أن لايكون مصادما للنص، وإذا تعارف الناس واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعي ويعتبر بمنزلة اشتراط الصريح، أما إذا كان الشرط المتعارف مصادما للنص بخصوصه فلا يعتبر إذا تعارف الناس العمل عليه بدون اشتراط، فلو تعارف الناس مثلا تضمين المستعير أو المستأجر ما تلف من العين بدون تعدّ منه ولا تقصير، لايعتبر ذلك التعارف، لأنه مضاد للشرع.

واشتهرت القاعدة بالصيغة التي ذكرها قاضي خان، وهو المذكور في مادة: ٤٣، من مجلة الأحكام العدلية، ولها صياغات أخرى: «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي» و «المعروف عرفا كالمشروط شرعا» و «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» و «المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ» و «المعروف بين التجار كالشرط بينهم» مادة: ٤٤. و«الثابت عُرفا كالثابت شرطاً» «فتاوى قاضي خان» ١/ ٣٨٥ و ٣٨٧.

انظر تفريعات هذه القاعدة وتطبيقاتها في «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٠٨ وما بعدها، و «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» ١/ ٤٦.

على القبول، لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كأنه قال بعد القدوم: إذا أديت إليّ ألفا فأنت حرٌّ، فجاء بالألف، يجبر على القبول، كذلك هنا.

ولو جاء بألف قبل قدوم فلان، لايجبر على القبول، لأن هذا كلام تعلّق ثبوته بالقدوم، فلايظهر حكم المعاوضة قبل القدوم، ولو قبل المولى لايعتق، لأن العتق لم يتعلق بالأداء قبل القدوم، فلاينزل عند وجوده.

فإن جاء بألف بعد قدوم فلان، وقبلها المولى، [عتق لوجود الشرط][1]، ثم علم أن الألف كان من كَسْب اكتسبها قبل القدوم، رجع المولى عليه بمثلها، لأن أكساب العبد قبل القدوم مال المولى، لأنها كسب عبده، وإنما تصير للعبد في ضمن اليمين حين يصير مأذونا في التجارة، وإنما يثبت اليمين بعد القدوم، فقبل القدوم يكون محجورا عن[2] التجارة، فكانت مكاسبه للمولى، فيعتق بالأداء لوجود الشرط، ثم يرجع عليه بمثلها.

كما لو قال: إن أدّيتَ إليّ ألفا فأنت حرٌّ، فسرق ألفا، وأدّاه إليه يعتق، ثم يرجع عليه بمثلها عند الاستحقاق، كذلك هنا.

ولو قال لعبده[3]: إن أدّيت إليّ عبدا فأنت حرٌّ، أو قال: إن أدّيت إليّ كر حنطة فأنت حرٌّ، فجاء إليه بعبد وسط أو مرتفع، يجبر على القبول، لما ذكرنا أن فيه معنى المعاوضة، فيجبر على القبول.

---

(١) ما بين المعكوفتين مثبت من (ا) و(ج).

(٢) وفي الأصل "في" وهو خطاء.

(٣) "لعبده" ساقط من (ا) و (ب).

وإن جاء بعبد رديئ، لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول من قضيات المعاوضة، واعتبار المعاوضة يوجب تعيين الوسط رعايةً للجانبين، فلايجبر على قبول الرديئ، فإن قبِل عتق، لأن اسم العبد واسم الحنطة يتناول الكل، وتعيين الوسط كان لدفع الضرر من الجانبين، فإذا تحمّل الضرر، وقبل الرديئ عتق لوجود الشرط.

ولو قال: إن أديت إليّ عبدا وسطا، أو كرا وسطا فأنت حُرّ، فجاء بعبد وسط، يجبر على القبول، ولو جاء بعبد أو كر رديئ أو مرتفع، لايجبر علي القبول، وإن قبِل لايعتق.

فرق بين هذا وبين الكتابة، فإن ثمّة إذا جاء بجيّد يجبر على القبول، ولو جاء بكر رديئ لايجبر على القبول[1]، ولو قبل يعتق.

والفرق ما قلنا في أصل الباب: أن معنى المعاوضة في الكتابة أصل يقبل الحطّ، ولهذا لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق، فكذا إذا أبرأه عن صفة الوساطة، وفي تعليق العتق[2] بالأداء جانب اليمين راجح، ولهذا لو أبرأه عن البدل لايعتق، فيجب فيها اعتبار ما تلفّظ به، فلايعتق بدونه لفقد الشرط[3].

كما لو قال لعبده: إذا أديت إليّ ألفا في كيس أبيض فأنت حُرّ، فأدّى إليه ألفا في كيس أسود، وقبِل المولى، لايعتق لعدم الشرط، كذلك هنا، بخلاف ما إذا لم يقيّده بصفة

---

(١) "على القبول" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي النسخ الأخرى: "وفي التعليق".

(٣) قوله: "فلا يعتق بدونه لفقد الشرط" ساقط من (ا) و (ب).

الوساطة، لأن ثمّة تعليق العتق بأداء العبد المطلق، وأداء الكر، واسم العبد يتناول الكل، فإذا قبل يعتق لوجود الشرط. كما لو قال لعبده: إذا أديت إليّ ألفا في كيس أبيض فأنت حر، فأدى إليه ألفا في كيس أسود وقبل المولى لا يعتق لعدم الشرط كذلك ههنا. بخلاف ما إذا لم يقيده بصفة الوساطة لأن ثمة تعلق العتق بأ داد العبد المطلق و أداد الكثر، واسم العبد يتناول الكل، فإذا قبل يعتق لو جود الشرط[1].

وإذا قال لعبده: أعتق عنّي عبدا وأنت حُرّ، ذكرنا أنه ينصرف إلى الوسَط، فإن اشترى عبدا مرتفعا، وأعتق، جاز شراؤه، ولايعتق واحد منهما لما قلنا.

فرق بين هذا وبين ما لو علّق العتق بأداء العبد، فقال: إذا أديت إليّ عبدا فأنت حُرٌّ[2]، ينصرف إلى الوسط، فإن جاء بعبد مرتفع، يجبر على القبول ويعتق.

والفرق أن المذكور في الفصلين العبد المطلق، وانصرف إلى الوسط[3]، إلا أن في تعليق العتق بأداء العبد ضرر تسليم الجيد يرجع إلى العبد دون المولى، فإنه المولى[4] يسلم له صفة الجودة، فإذا رضي به العبد صح أداء الجيد.

أما في فصل الإعتاق ضرر إعتاق الجيد يرجع إلى المولى، لأن ذلك يهلك على

---

(١) من قوله: "كما لو قال لعبده" إلى آخر الفقرة ساقط من (ج) و (د). و ثبت في الأصل و في (ا) و (ب).

(٢) سقطت العبارة من قوله: " إذا أديت إلى عبدا فأنت حر" من (ا) و (ب).

(٣) قوله: " وانصرف إلى الوسط" ساقط من (ا) و (ب)

(٤) "المولى" ساقط من النسخ الأخرى.

ملكه، والمولى لم يرض بذلك، فلايصح إعتاق الجيد، فلايعتق المأمور ضرورة.

ثم استشهد رحمه الله فقال: ألاترى أنه لو استفاد عبدين وسطين[١] فأعتقهما، لم ينفذ عتقه فيهما، لأن المولى ما رضي إلا بعتق أحدهما وكسبه للمولى، فلايملك إزالة ملكه إلابإذنه، كذلك هنا فضل الجَودة في العبد الواحد ملك المولى، فلايملك إزالتها إلا بإذنه[٢]، إلا أن في العبد الواحد لاينفذ إعتاقه أصلا، وفي العبدين الوسطين يعتق أحدهما بغير عينه، لأن في العبد الواحد صفة الجودة لاتقبل الفصل عن الأصل، فإذا تعذّر تنفيذ العتق فيها، بطل أصلا.

أما في العبدين كل واحد منهما منفصل عن الآخر، وهو ممتثل أمره في أحدهما، فيعتق أحدهما بغير عينه، ويرجع في البيان إلى المولى، لأن العتق ينفذ من جهته، ويعتق المأمور لوجود الشرط.

ولو قال: إذا أديت إليّ ألف درهم فأنت حُرّ، فباعه، ثم اشتراه، فأدى إليه[٣] الألف، لايجبر المولى[٤] على القبول لان الجبر على القبول[٥] حكم الكتابة، لاحكم اليمين، فإن الحالف لايجبر على تحصيل شرط الحنث، والكتابة تبطل بالبيع، ألا ترى أن

---

(١) وفي (ج): وسطا.

(٢) من قوله: "كذلك ههنا فضل الجودة" إلى قوله: "إلا بإذنه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) "إليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "المولى" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) قوله: "لأن الجبر على القبول" ساقط من (ج) و (د).

المكاتَب إذا بيع براضاه حتى نفذ البيع، تبطل الكتابة، كذلك هنا تبطل الكتابة، ويبقى اليمين، حتى لو قبل يعتق لوجود الشرط.

وكذا لو ردّ عليه بعيب أو بخيار شرط أو رؤية، لأنه عاد إليه بعد خروجه عن ملكه، وبخروجه عن ملكه يبطل معنى الكتابة، وشبه هذا في الكتابة بما لو كاتب عبدَه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم باعه، يجوز بيعه، وتبطل الكتاب[1]، حتى لو اشتراه بعد ذلك لم يكن مكاتبا، كذلك هنا. وإذا بطل معنى المعاوضة ذهب الجبر على القبول، لأنه من أحكام المعاوضة.

هذا إذا علّق العتق بأداء مال معلوم يصلح بدلاً في الكتابة، وإن علّقه بأداء مال مجهول، فقال: إذا أدّيت إليّ دراهم فأنت حُرّ، فأتاه بثلاثة دراهم فصاعدا إلى تمام قيمته أو أكثر، لايجبر على القبول، لأن الجبر على القبول بحكم المعاوضة، والدراهم المجهولة لاتصلح بدلاً، لأنه لانهاية لما يتناوله هذا الاسم، فكانت مُفضية إلى المنازعة، ولايمكن دفعها بتعيين بعض الأعداد، وإذا بطل معنى الكتابة، بقيت يمينا، لأن الجهالة لاتمنع صحة اليمين، فإذا أتاه بثلاثة دراهم، وقبلها عتق لوجود الشرط، لأن الثلاث جمع مطلق.

وكذا لو قال: إذا أدّيت إليّ ثوبا فأنت حُرّ، لأن الثوب يتناول أجناسا مختلفة، فكانت الجهالة فاحشة، وإن أتاه بثوب، وقبل، عتق لوجود الشرط.

ولو قال لورثته: إذا أتاكم عبدي بعد موتي بكرّ حنطة أو بعبد فهو حُرّ، فهو على الوسط، وإن أتاهم بذلك، وقبلوا، لايعتق إلا بإعتاق من كان خَلَفا عن الميت لما قلنا.

---

(١) وفي (ج) و (د): الكتابة، وهو خطاء.

ولو قال: "إذا أدّى[1] إليكم بعد موتي دراهم أو ثوبا فهو حُرّ"، فهو باطل، لأنه لايمكن اعتبار معنى اليمين، لأن اليمين تبطل بالموت، وتعذّر اعتبار الكتابة، لجهالة البدل، فهذه وصية تعلقت بشرط مجهول لايقدر على تحصيله، فتبطل.

ثم قال في الكتاب: وقد قال بعض فقهائنا: إذا قال لعبده: "إذا أدّيت إليّ ألفا فأنت حُرّ"، فأدّى إليه ألفا، لايجبر على القبول، ولو كانت مقالته في مرض الموت، لم تكن الألف عوضا، بل يكون إعتاقا بغير عوض، وهذا قول زفر، لأنه يعتبره شرطا، وهي مسألة معروفة.

ثم احتجّ عليه، فقال: لو أضاف إلى ما بعد الموت، فقال: "إذا أتاكم عبدي هذا بألف بعد موتي فهو حُرّ"، ينبغي لهذا القائل أن يقول: لايصح ذلك، ولايحتسب بذلك، لأن اليمين تبطل بالموت، فيجعل هذا وصية بالإعتاق بغير مال، فيعتق من الثلث، أدّى المال أو لم يؤدّ.

وهذا مخالفٌ لما عليه أمور الناس في وصاياهم، ومخالف لما يُفهم من كلامه، لأن المقصود من هذا الكلام إيصال العتق إلى العبد، والمال إلى الورثة.

---

(١) وفي (ا) و (ب): إذا أدى عبدى.

كتاب البيوع

باب من البيع الذي يرجع فيه[1] بالثمن وما لايرجع إذا استحقّ المبيع

بني الباب على أصول:

منها: أن سلامة المبيع للمشتري توجب سلامة الثمن للبائع[2].

واستحقاق المبيع على المشتري يوجب الرجوع بالثمن على البائع[3]، تحقيقا لمقتضى[4] المعاوضة، وهو المساواة.

ومنها: أن القضاء بالملك المطلق على ذي اليد قضاء عليه، وعلى من تلقّى الملك

(١) "فيه" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) ذكر قاضي خان هذا الضابط بإيجاز في ص ٥٥٤: "سلامة الثمن بسلامة المبيع"، ثم علّله في مكان آخر بقوله: "سلامة الثمن للبائع حكم بسلامة المبيع للمشتري، لأن البيع عقد معاوضة، فيقتضي سلامة بإزاء سلامة، وتسليما بإزاء تسليم". ص ٧٨١، وقال الإمام السرخسي: "سلامة البدل كسلامة الأصل"، «المبسوط» ١٠/ ١٤١.

(٣) وذكر في «الحاوي» ضابطا في معناه: "استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع". انظر كتاب الشفعة من «الحاوي» ٧/ ٢٩٣.

(٤) وفي (ج) و (د): "لمعنى".

منه، دون غيره[1].

والقضاء بالحريّة وفروعها قضاء على كافّة الناس، لأن الحرية تُثبت أحكاما متعدّية من أهلية الولايات والشهادات وغيرها[2]، فالقضاء بها قضاء بتلك الأحكام، فيتعدّى إلى الكل، وينتَصِب البعض خصما عن البعض[3].

أما القضاء على ذي اليد قضاء بعدم ملكه، فينعدم ملك بائعه ضرورةً، ولاينعدم ملك غيره، إذ ليس من ضرورة عدم ملك ذي اليد عدم ملك غيره.

وحقيقة الفقه فيه أن القضاء بالحرية قضاء بعدم الرقّ، والرقّ إذا انعدم في حق شخص ينعدم في حق الكل، إذ يستحيل أن يكون الشخص رقيقا في حق زيد، حراً في حق عمرو.

---

(١) ومثله ما ذكره قاضي خان في ص ١٨١٧ : "القضاء بالملك المطلق قضاء على المدعى عليه وعلى من تَلقّى الملك منه".

(٢) ولذا عرّف الفقهاء الحرية والعتق في الاصطلاح: بأنه إثبات القوة الشرعية التي بها يصير المعتَق أهلا للشهادات والولايات، قادرا على التصرف في الأغيار، وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه. كذا في «درر الحكام في شرح غرر الأحكام» لملا خسرو، ٢/ ٢، وانظر: «تبيين الحقائق» ٣/ ٦٦، و «مغني المحتاج» ٤/ ٤٩١، و«أنيس الفقهاء» ص ١٦٨.

(٣) لأن الحرية حقّ الله تعالى، ولهذا لا يجوز اِسترقاق الحر برضاه، والناس كلهم خصوم في إثبات حقوق الله تعالى بعلّة النيابة عن الله تعالى لكونهم عبيد الله، فكان حَضرة الواحد حضرة الكل، والقضاء على الواحد قضاء على الكل، كالورثة لما قاموا مقام المورث في إثبات حقوقه وفي الدفع عنه بعلة الخلافة، قام البعض مقام الكل، كذلك ههنا. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

وأما الاستحقاق قضاء بعدم ملك ذي اليد، ويجوز أن يكون الملك عدما في حق شخص دون شخص[1].

ومنها: أن من أقرّ بما يملك إنشاءَه في الحال، يصح إقراره[2]، ويجعل إقراره بمنزلة الإنشاء، لإنعدام التهمة، وإن أقرّ بما لايملك إنشاءه في الحال[3] لايصح إقراره في حق غيره لمكان التهمة.

ومنها: أن البينة على النتاج لاتعارضها البينة على الملك المطلق، لأن النتاج أكثر إثباتا في أوّليّة الملك، وإن أقامها صاحب اليد تبطل بها بيّنة المدّعي على الملك المطلق.

وقال ابن أبي ليلى[4]: لاتقبل البينة على النتاج من صاحب اليد، كما لاتقبل بيّنته

---

(١) لأن القضاء بالملك لايكون قضاء على كافة الناس، لأن الملك خالص حق العبد، فالحاضر لم ينتصب خصما عن الغائبين، لعدم ما يوجب انتصابه خصما، فالقضاء عليه لا يكون قضاء على غيره. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

(٢) يؤيّده ما ذكر الإمام السرخسي ضابطا بمعناه: "من أقرّ بما يملك إنشاءَه يكون مصدّقا في ذلك". راجع «المبسوط» ٢٧/ ٢٢.

(٣) ما بين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٤) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، أبو عبد الرحمن الأنصاري، قاضي الكوفة ومفتيها، ولد سنة أربع وسبعين، وتوفي سنة ١٤٨هـ تفقّه على أخيه عيسى و أخذ عن الشعبي و عن عطاء بن أبي رباح، وحدّث عنه شعبة وسفيان بن عيينة وسفيان الثوري، وروي عن الإمام أبي يوسف: "ما ولي القضاء أحد أفقه في دين الله، ولا أقرأ لكتاب الله، ولا أقول حقا بالله، ولا أعفّ عن الأموال من ابن أبي ليلى".

انظر: «طبقات الفقهاء» للشيرازي ص ٨٥، و «سير أعلام النبلاء»، ٦/ ٣١٠.

على الملك المطلق[1].

وإذا تعارضت البينتان على النتاج، رجّحت[2] بينة صاحب اليد، فيُقضى له، وعلى قول عيسى[3] تهاترت البينتان[4]، وترك الشيء في يده كما كان[5].

ومنها: أن صاحب اليد إذا أقام البينة على الملك المطلق لاتقبل بينته عندنا[6]، خلافا للشافعي[7].

---

(١) ذكر الجصاص قول ابن أبي ليلى هذا في شرحه للجامع الكبير، في باب الدعوى والبينات، مخطوط، ورق ١/ ٢٣٣.

(٢) وفي (ا) و (ب): "ترجح".

(٣) هو الإمام عيسى بن أبان بن صدقة، القاضي، وتقدم ترجمته في ص ٤١١.

(٤) "تَهَاتَرَت البينات": إذا تساقطت وبطلت، مأخوذ من «الهِتْر»، وهو السقَط من الكلام والخطأ فيه، وتهاتَر الرجلان: إذا ادّعى كل واحد على الآخر باطلا. «المغرب» للمطرزي ٢/ ٣٧٧، والمصباح المنير ص ٦٣٣.

(٥) قال بدر الدين البكري: "إذا تعارضت البينتان تساقطا"، «الاعتناء في الفرق والاستثناء» لبدر الدين محمد بن أبي بكر بن سليمان، البكري الشافعي، ٢/ ١٠٧٦.

(٦) ذكره الجصاص عند تأصيله "باب من الدعوى والبينات الذي يكون بعضها أولى من بعض"، فقال: الأصل في هذا الباب أن بينة الإنسان غير مقبولة على ما في يده، وهي مقبولة على ما في يد غيره. انظر: «شرح الجامع الكبير» للجصاص، مخطوط، ورق ١/ ٢٧٤.
راجع لتفصيل الأدلة: «المبسوط» ١٧/ ٣٢، ٣٤، «البناية في شرح الهداية» ٧/ ٤٠٣، ٤٠٤.
واتفقت الحنابلة مع الحنفية في هذا الأصل، انظر: «المغني مع شرح الكبير» ١٢/ ١٦٧.

(٧) الخارج وذو اليد إذا أقاما البنة في دعوى دار، فإن البينة بينة الخارج عند الحنفية، وعند الإمام الشافعي بينة ذي اليد أولى. قال الشربيني الخطيب: لو كان العين بيد أحدهما ويسمى الداخل؛

ومنها : أن المقضيّ عليه إذا أقام البينة على الوجه الذي قضى عليه، لاتقبل كيلا يؤدّي إلى التهاتر ، وإذا أقام البينة على غير ذلك الوجه بأن أقام البينة[1] على النتاج أو على الشراء من المدّعي، تقبل، لأنه لايؤدي إلى التهاتر .

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله : أمة في يد رجل يقال له "عبد الله" ، فقال رجل يقال له "إبراهيم" لرجل يقال له "محمد" : الأمة التي في يد عبد الله بعتها منك بألف درهم، وسلّمتها إليك، فقال محمد: صدقتَ، ولكن غلب عليها عبد الله، ويزعم أنها أمته، يقال لإبراهيم أن يرجع[2] بالثمن على محمد، لأنهما تصادقا على البيع والتسليم، ووجوب الثمن، وتصادُقهما حجّة في حقهما، فيقضى بالثمن على محمد، ولاسبيل له على الجارية، لأنها في يد عبد الله، وهو يدّعيها، فكان القول قوله، وليس لمحمد أن يمنع الثمن من إبراهيم، ويحتجّ بذلك بقصر يده عن الجارية، لأن الثابت بتصادقهما في حقهما كالثابت عَيانا.

ولو عاينّا أنه باع وسلّم، ثم غصبها غاصب، لايسقط الثمن عن المشتري، لأن شرط تأكّد الثمن على المشتري وجود التسليم، لا إدامته كذلك ههنا[3] فإن جاء مستحق، واستحقها من يد عبد الله بالبينة، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم بحكم ذلك

فأقام غيره بها بينة، وأقام هو بها بينة، قدّم صاحب اليد ببيّنته، لأنهما استويا في إقامة البينة وترجحت بينته بيده. «مغني المحتاج» ٤/ ٦٣٧ . انظر «الأم» ٦/ ٢٣٥ ، «نهاية المحتاج» للشربيني ٨/ ٣٦٢/ ، «منهاج الطالبين» للنووي، ص١٥٦ .

(١) وفي (ا) و (ب): "ولو أقامها" .

(٢) وفي (ا) و (ب): " أن يأخذ" .

(٣) "كذلك ههنا" ساقط من (ا) و (ب).

الاستحقاق، لأن الاستحقاق على عبد الله اقتصر عليه، ولم يتعدّ إلى محمد، لأن عبد الله لم يتلقّ الملك منه.

وقد ذكرنا في أصل الباب أن القضاء بالملك قضاء على ذي اليد، وعلى من تلقى الملك منه[1] دون غيره، ألاترى أنّ محمدا لو أقام البينة على المستحق أنها أمته، اشتراها من إبراهيم، قُبلت بينته، ولو صار مقضيا عليه بذلك، لم تقبل.

وكذا لو أقام المستحق البينة على عبد الله أنها أمته ولدت في ملكه، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن كان الملك في النتاج يثبت من الأصل، لأن القضاء بالملك المطلق قضاء من الأصل[2]، ولهذا يستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة[3]، فكانا سواء.

ولو قضى عليه [بالملك المطلق][4]، لايرجع محمد بالثمن[5] على إبراهيم، لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيًا عليه بذلك القضاء[6]، فكذا لك في النتاج، ولهذا لو أقام محمد البينة على المستحق أنها أمته اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وأنه يملكها، قضى له كما في

---

(١) وجّه له العتابي بأن من تلقّى الملك من جهته يصير مقضيا عليه أيضا للزوم أثر القضاء عليه لاتحاد الملك. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٤٨.

(٢) أشار إليه السرخسي بهذا الضابط: "الاستحقاق بالبينة يوجب الملك للمستحق من الأصل". انظر كتاب الإقرار من «المبسوط» ١٨/ ٧٥.

(٣) والضابط في ذلك كما ذكره السرخسي: "استحقاق الأصل بالبينة يوجب استحقاق الزوائد المنفصلة". «المبسوط» ١٧/ ١١٠.

(٤) مابين المعكوفتين مثبت من (ا) و (ب).

(٥) بالثمن ساقط من النسخ الأخرى.

(٦) قوله: "لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيا عليه بذلك القضاء" ساقط من(ا) و (ب).

الملك المطلق.

فلو أنّ محمدا أقام على المستحق بينة على هذا الوجه، ولم يقض القاضي له حتى أعاد المستحق بينة على النتاج على محمد، كان المستحق أولى، كما لو أقامها ابتداء.

هذا إذا أقام محمد البينة على المستحق أنها أمته اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها. فلو أنه لم يقم البينة على هذا الوجه، ولكن أقام البينة على المستحق أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وإنها قد ولدت في ملكه، يقضى له، لما ذكرنا أنه لم يصر مقضيا عليه بالاستحقاق على عبد الله، إلاأن يعيد المستحق بينته على النتاج على محمد.

فإن لم يعد المستحق بينته على النتاج على محمد، حتى قضى القاضي لمحمد، ثم أعاد المستحق بينته على النتاج، يقضى له، لأنه لو أعادها قبل القضاء لمحمد، كان هو أولى، لأنه صاحب يد، فكذا إذا أعادها بعد القضاء يقضى له، ويرجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأنه صار مقضيا عليه، وعلى قول عيسى لايرجع، لأنه لم يصر مقضيّا عليه، بل تركت في يد المستحق قضاء تَرك.

ولو لم يستحق الجارية، ولكن أقامت الجارية البينةَ على عبد الله أنها حرة الأصل، وقضى القاضي بها، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لما ذكرنا أن القضاء بالحرية قضاء على كافة الناس، فصار محمد مقضيا عليه بذلك القضاء. ألاترى أنّ محمدا لو أقام البينة على الأمة أنها أمته، اشتراها من إبراهيم، وهو يملكها لاتقبل.

ولو أن الأمة لم تدع أنها حرة الأصل، ولكن أقامت البينة على عبدالله [1] أنها أمته، أعتقها أو دبَّرها أو ولدت منه، فقضى القاضي بذلك، كان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم.

(١) قوله: "على عبد الله" ساقط من (ج) و (د).

ولايقال: إعتاق عبد الله لايصح بدون الملك، والقضاء بالملك لايكون قضاءً على كافّة الناس، لأنا نقول: القاضي قضى بالعتق، والقضاء بالعتق قضاء بملك المعتق، لأن الإعتاق لايصح بدون الملك، والقضاء بالعتق قضاء على كافة الناس، فكذلك القضاء بما في ضمنه.

ولأن القاضي قضى لعبد الله بملك مؤكّد بالإعتاق، والملك المؤكد بالإعتاق مما لايحتمل البطلان والزوال، لو بطل إنما يبطل بملك سابق، وما تصادق عليه إبراهيم ومحمد من الملك غير مؤكد بالإعتاق، وإنه محتمل يحتمل أنه كان قبل ملك عبد الله، ويحتمل أنه كان بعده بواسطة الردة، واللحوق بدار الحرب، والسبي بعده.

فإن كان الملك الذي تصادقا عليه قبل ملك عبد الله يظهر به بطلان إعتاق [1]عبد الله، وإن كان بعده لايظهر به بطلان الإعتاق[2]، فلايبطل العتق بالشك. ألاترى أن البينتين إذا تعارضتا على الملك، وفي إحداهما عتق يقضى بالملك المؤكد بالإعتاق، كذلك هنا. وإذا ظهر ملك عبد الله بقضاء القاضي في حق محمد، صار محمد مقضيا عليه بذلك القضاء.

ولهذا لو أقام محمد البينة على الشراء من إبراهيم وهو يملكها، فكان لمحمد أن يرجع بالثمن على إبراهيم[3]، وكذلك التدبير والاستيلاد، لأنه حق العتق، وإنه لايحتمل الفسخ، فيكون ملحقا بالعتق.

ولو أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه كاتبها ببدل معين، وقضى القاضي بذلك،

---

(١) وفي (ا) و (ب): "عتق" وهو خطاء.

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): لا يظهر بطلانه.

(٣) قوله: "وهو يملكها فكان لمحمد أن يرجع بالثمن على ابراهيم" ساقط من(ا) و (ب).

لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الكتابة عقد[1] يحتمل الفسخ، فاقتصر القضاء على عبد الله. ولهذا لو أقام محمد البينة أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، وأنه يملكها، قبلت بينة[2]، بخلاف التدبير والاستيلاد، وهذا لأن العتق وفروعه حادث وكذلك الشراء، وفي الحوادث إذا لم يعلم التاريخ يجعل كأنّهما وقعا معا.

والعتق والتدبير والاستيلاد، إذا قارن الشراءَ يبطل الشراء، لأن الشراء مما يحتمل النسخ[3] والعتق، وفروعه لايحتمل، فيبطل الشراء، بخلاف الكتابة فإنها إذا قارنت الشراء، لايبطل الشراء، لأن الكتابة مما تحتمل الفسخ كالشراء، فلايظهر بطلان الشراء، وإذا لم يظهر بطلان الشراء، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم.

فلو أنها أدّت الكتابة[4] وعتقت، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الكتابة إذا اتصل بها الأداء تصير عتقا، وصار القضاء بالكتابة قضاء بالعتق، بخلاف ما قبل الأداء، ولهذا لو أقام محمد البينة عليها أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بثمن معلوم، بعد ما أدى[5]، لاتقبل، ولو أقامها قبل الأداء تقبل.

ولهذا قلنا: إنّ الأب والوصيّ إذا أقرّا بكتابة عبد الصغير يصح، ولو أقرّا بالكتابة، وقبض بدل الكتابة[6] لايصح، لأن الإقرار بالكتابة وقبض البدل إقرار بالعتق[7]، وهما

---

(١) "عقد" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "بينة" ساقط من (ج) و (د).

(٣) وفي النسخ الأخرى: "النقض".

(٤) وفي النسخ الأخرى: "المكاتبة".

(٥) وفي (ا) و (ج): "بعد الأداء".

(٦) "الكتابة" ساقط من (ج) و (د).

لايملكان الإقرار بالعتق.

ولو أنّ عبدَ الله أقرّ أنه اشترى الأمة من محمد بمائة دينار، ونقَدَه الثمن، وصدّقه محمد بذلك، ثم جاء رجل، واستحق الأمة من يد عبد الله بالبينة، فالمسألة على وجوه ثلاثة:

إن كان تصادقهما بذلك قبل استحقاق الجارية، رجع محمد على إبراهيم بالثمن، لأنهما تصادقا على البيع في حال يملكان إنشا البيع[1]، فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء البيع ولو أنهما أنشأ البيع ثم استحقت الأمة من يد عبد الله، يرجع محمد بالثمن على إبراهيم، كذلك هنا.

ولو تصادقا بذلك بعد ما استحقت الأمة من يد عبد الله[2]، رجع عبدالله بالثمن على محمد، ولا يرجع محمد بالثمن على ابراهيم، لأنهما لا يملكان البيع بعد الاستحقاق، فكان تصادقهما بعد الاستحقاق حجة في حقهما، لانعدام التهمة، دون غيرهما لمكان التهمة، فلهذا يرجع عبد الله بالثمن على محمد، ولايرجع محمد بالثمن[3] على إبراهيم.

ونظيره ما لو أقرّ الزوج بالرجعة، إن أقرّ حال قيام العدة يصح، وإن أقرّ بعد الانقضاء لايصح، وكذا الوكيل بالبيع إذا أقرّ بالبيع قبل العزل يصح، وبعده لايصح، لأنه لايملك الإنشاء.

---

(٧) وفي (ا) و (ب): لأنه أقر بالعتق.

(١) "البيع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) والعبارة في (ا) و (ج): ولو تصادقا بعد الاستحقاق، رجع عبد الله.

(٣) "بالثمن" ساقط من (ج) و (د).

والوجه الثالث: لو أقرّ عبد الله قبل الاستحقاق أنه اشترى الأمة[١] بمائة دينار من محمد، ونقَده الثمن، وصدّقه محمد بعد الاستحقاق، فهذا وما لو تصادقا بعد الاستحقاق سواء، لأن القضاء على عبد الله إنما يصير قضاءً على محمد، إذا صدّقه محمد فيما أقرّ، حتى لو كذّبه لم يكن ذلك قضاءً على محمد، وتصديق محمد وُجد بعد الاستحقاق، فلم يكن حجةً على إبراهيم كما في الوجه الثاني.

والفقه فيه أنّ الإقرار إذا كان قبل الاستحقاق، والتصديق بعده، صار مكذبا في إقراره بقضاء القاضي للمستحق قبل التأكيد، فبطل إقراره، فلايتصل به التصديق، إلا أنّ عبد الله لما كان مصرًّا على ذلك الإقرار بعد الاستحقاق، فإذا صدّقه محمد، اتصل التصديق بإقرار وجد بعد الاستحقاق، فصح في حقهما دون غيرهما، فلهذا رجع عبد الله على محمد، ولايرجع محمد على إبراهيم.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في الجامع[٢]:

إذا باع جارية بيعا فاسدا، وسلّمها إلى المشتري، ثم أراد البائع أن يستردّها بحكم فساد العقد[٣]، فقال المشتري: بعتها من فلان الغائب بكذا، وسلّمتها إليه، ثم أودَعَنيها وغاب، وكذّبه البائع، كان للبائع أن يستردّها منه، فإن حضر الغائب، وصدّقه فيما قال[٤]، ردّت الجارية عليه وبطل استرداد البائع[٥].

---

(١) وفي النسخ الأخرى: اشتراها.

(٢) ذكر الإمام محمد رحمه الله هذه المسألة في: "باب من البيع الفاسد الذي ينقض" من «الجامع الكبير» ص ٢٥٧.

(٣) وفي النسخ الأخرى: لفساد البيع.

(٤) كذا في الأصل، وفي النسخ الأخرى. وصدق المشترى.

جعل التصديق مستندا إلى وقت الإقرار في تلك المسألة، ولم يجعله مستندا هنا[1].

والفرق أن الاسترداد بحكم فساد العقد لايفتقر إلى القضاء، فكان وجود القضاء وعدمه بمنزلة، وإذا التحق القضاء بالعدم لم يصر مكذّبا شرعا، فيستند التصديق إلى وقت الإقرار، لأن التصديق إثبات صفة الإقرار، فيلتحق بالموصوف، بخلاف الاستحقاق، لأن ملك المستحق لايثبت إلا بالقضاء. وإذا اعتبر القضاء صار مكذبا شرعا، فلايستند التصديق إلي وقت الإقرار.

هذا إذا تصادقا على البيع، وإن تصادقا على الهبة والقبض، أو الصدقة والقبض فكذلك، إن تصادقا بعد الاستحقاق، أو صدّقه محمد[2] بعد الاستحقاق، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم، وإن تصادقا قبل الاستحقاق يرجع.

فإن قيل: وجب أن لا يرجع، لأن في البيع لو تصادقا قبل الاستحقاق، ثم استحقت من يد عبد الله، لايرجع محمد بالثمن على إبراهيم حتى يرجع عبد الله على محمد، وفي الهبة لارجوع لعبد الله على محمد، فوجب أن لايرجع محمد على إبراهيم.

قلنا: القضاء على ذي اليد، قضاء عليه وعلى من تلقّى الملك منه ببيع أو هبة، أو غيرذلك لما قلنا، إلا أنّ في فصل[3] البيع إنما لايرجع محمد على إبراهيم قبل رجوع عبد الله عليه، لأن محمدا ملَك الثمن الذي أخذه من عبد الله، لأنه بدل المستحق، وبدل

---

(٥) قوله: "وبطل استرداد البائع" ساقط من النسخ الأخرى:

(١) قوله: "في تلك المسألة ولم يجعله مستندا هنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) "محمد" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "فصل" ساقط من (ا) و (ب).

المستحق مملوك ملكا فاسدا، فلو رجع محمد بالثمن على إبراهيم قبل أن يرجع عليه عبد الله، يجتمع البدلان عن مبدل واحد، في ملك واحد، في حالة واحدة، وذلك محال.

أما في الهبة لايؤدى إلى ذلك فيرجع، لأن القضاء على الموهوب له قضاء على الواهب.

فلو أنّ محمدا أقام البينة على إبراهيم، أنّ الأمة[1] كانت وصلت إلى عبد الله من جهته، ببيع أو هبة أو صدقة، قبلت بينته، ويرجع بالثمن على إبراهيم.

وكذا لو أقام البينة أنه كان صدّقه قبل الاستحقاق، لأنه يدّعي لنفسه حق الرجوع بالثمن على إبراهيم، ولايمكنه إثبات ذلك إلابإثبات السبب الذي جرَى بينهما، فيكون خصما، كالوكيل بالبيع[2] إذا أقام البينة بعد العزل، أنه باعه قبل العزل، قبلت بينته.

وكذلك الرجل إذا أقرّ بالرجعة بعد انقضاء العدة لايصح، فإن أقام البينة أنه راجعها في العدة، أو أقرّ برجعتها في العدة، قبلت بينته[3].

ولو لم تستحق الجارية، ولكن أقامت الأمة البينة على عبد الله أنه ملكها منذ سنة، ثم أنه أعتقها، أو دبّرها، أو ولدت منه، وقضى القاضي بذلك، فإنه ينظر إلى البيع الذي جرى بين إبراهيم ومحمد.

فإن كان منذ سنة أو أقل، رجع محمد بالثمن على إبراهيم، لأن الملك المؤكد بالعتق

---

(١) وفي (ا) و (ب): الجارية.

(٢) "بالبيع" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وجاءت العبارة في (ا) مكان هذه الفقرة: "أو أقام الزوج البينة أنه راجعها قبل انقضاء العدة تقبل بينته".

أو بفروعه بمنزلة العتق، فكان القضاء به قضاء على كافة الناس، بمنزلة القضاء بالعتق، ومن ضرورته بطلان البيع الموجود لسنة أو أقل، وإذا بطل بيعهما، رجع محمد بالثمن على إبراهيم.

ولهذا لو أقام محمد البينة أنها أمته اشتراها من ابراهيم[1] منذ سنة، وأنه يملكها لاتقبل.

وإن كان البيع الذي جرى بينهما لأكثر من سنة، لايرجع محمد على إبراهيم، لأن العتق منذ سنة لاينفي ملكا سابقا، فلم يكن من ضرورة ملك عبد الله منذ سنة بطلانُ البيع الذي جرى بين محمد وإبراهيم، بل من ضرورة تقدم شراء محمد من إبراهيم، بطلان ملك عبد الله وعتقه.

ولهذا لو أقام محمد البينة على الجارية بعد ما قضى القاضي ببينتها أنها أمته، اشتراها من إبراهيم بألف درهم منذ سنتين، قبلت بينته، ويبطل القضاء بالعتق.

فصارت مسائل الباب على قسمين:

أحدهما: عتق في ملك مطلق، وهو بمنزلة حرية الأصل، والقضاء به قضاء على كافة الناس.

والثاني: القضاء بالعتق في ملك مؤرّخ، وهو قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ، ولايكون قضاء قبله[2].

---

(١) قوله: "من ابراهيم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) العبارة في (ا) و (ب): "وهو قضاء على الكافة من وقت التاريخ، لا قبله".

باب ما يقر به المشتري فيرجع بالثمن على من باعه بالبينة أو الإقرار

بني الباب على أصول:

منها: أنّ الإقرارَ[1] حجّة قاصرة لايتعدّى إلى غيره[2]، والبينة[3] حجة متعدّية،

---

(١) الإقرار لغةً: هو الاعتراف إما باللِّسان وإما بالقلب، وإما بهما جميعًا، فهو ضد الجحود والإنكار والاضطراب والتنازع. والإقرار في الشرع: هو إخبار عن ثبوت حقّ للغير على نفسه. انظر: طلبة الطلبة ص٢٧٧. تبيين الحقائق ٥/ ٢، والدر المختار ٥/ ٥٨٨.

(٢) قاعدة قضائية مهمة في مجال المعاملات والجنايات، متفقة بين الفقهاء، وردت في «المجلة» بهذه الصيغة، المادة: ٧٨، وذكرها الإمام ابن عبد البر واستدل له بقوله تعالى: ﴿ولا تكسب كلّ نفس إلا عليها ولاتَزِر وازرَة وزرَ أخرى﴾ الأنعام: الآية ١٦٤. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ٩/ ٩٠، وأشار إليه الكرخي بقوله: "الأصل أن المرء يعامل في حق نفسه كما أقرّ به، ولايصدّق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقا"، أصول الكرخي ص١١٢. وقال الكاساني: الإقرار حجة على نفسه لا على غيره، لأنه على غيره شهادة أو دعوى. بدائع الصنائع ٧/ ٢٢٨، "إقرار المرء حجة على نفسه لا على غيره". انظر: المبسوط ١/ ٤٩، ٤/ ٢٢٥، ٥/ ١٤٥، ورد المحتار ٥/ ٦٢٠و«الأشباه» لابن نجيم ص٣٠٢، والمغني ٤/ ٤٠٥، وحاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٨، والمبدع في شرح المقنع ٤/ ٢٢٥.

(٣) البينة: الحجة والشهادة، وهي من بان الشيء يبينُ بيانًا إذا اتضح وظهر، وفي اصطلاح الفقهاء: البينة هي اسم لما يبين الحق ويظهره، وهي تارةً تكون بالأيمان وتارةً تكونُ بالشهود. يرجع إلى أنيس الفقهاء ص٢٣٧، والمغنى في الأبناء عن غريب المهذب والأسماء ١/ ٦٨٧، لعماد الدين أبي المجد إسماعيل ابن أبي البركات ابن باطيش ٥٧٥-٦٥٥هـ تحقيق: الدكتور مصطفى عبد الحفيظ سالم، ١٤١١هـ

لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة، فتتعدّى إلى الكل، أما الإقرار حجة لايتوقّف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه إذا كان متّهما[1].

ومنها: أنّ القضاء بالنكول[2] جائز عندنا[3] من غير تكرار العرض[4]، وشرط الخصّاف[5] رحمه الله التكرارَ ثلاث مرات[6].

---

(١) قال الخصاف عند بيان الفرق بين البينة والإقرار: إن البينة لاتكون حجة موجبة إلا بانضمام القاضي إليها، فتراعى شرائط كونها حجة القضاء، أما الإقرار فحجة موجبة بنفسه، فلايشترط انضمام القاضي إليه لكونه حجة. «شرح أدب القاضي» للخصاف، ١/ ٢٢٣.

(٢) النكول لغةً: التأخر عن لقاء العدوّ، يقال: نكل عن العدوّ، ونكل عن اليمين: امتنع عنها، وشرعًا: هو الامتناع من الحلف بما طلبه القاضي. انظر: البحر الذخّار ٤/ ٤١٠، المصباح المنير ص٦٥٢.

(٣) قال الكاساني: المدعى عليه إذا نكل عن اليمين فإن كان ذلك في دعوى المال يقضى عليه بالمال عندنا. بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠ و الدر المختار للحصكفي ٥/ ٥٤٩، ونقل العلامة ابن نجيم عن «الكافي» ضابطا له بقوله: "إن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله، ومالا فلا". «البحر الرائق» ٧/ ٢٠٧.
والقضاء بالنكول جائز، لأن "النكول بمنزلة الإقرار"، انظر هذه القاعدة في: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، والمنثور في القواعد ٣/ ٢٨٣، والمبدع في شرح المقنع ٤/ ١١١.

(٤) قال الحصكفي: وعرض اليمين ثلاثًا ثم القضاء أحوط. (الدر المختار ٥/ ٥٤٩، وانظر بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٠ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

(٥) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهيز أبو بكر الخصّاف، الشيباني، روى عن أبيه عمر بن مهير عن الحسن عن أبي حنيفة، وحدّث عن أبي عاصم، وأبي داود الطيالسي، ومسدد بن مسرهد، و ابن المديني، كان فاضلا، حاسبا، عارفا بمذهب أصحابه، زاهدا يأكل من كسب يده، و من مصنفاته:

والنكول حجة في حق الناكل خاصة، لأنه بَذل[1] أو إقرار[2]، فلا يتعدى إلى غيره، إلا إذا كان مضطراً في النكول، فيتعدى إلى من جاء الاضطرار من قبله[3].

كتاب الحِيَل، وكتاب الوصايا، وكتاب الشروط الكبير والصغير، وكتاب الرضاع وكتاب المحاضر والسجلات، وكتاب أدب القاضي، وكتاب النفقات على الأقارب، مات سنة ٢٦١ هـ والخصّاف بفتح الخاء، يقال لمن يخصف النعل وغيره، وإنما اشتهر بالخصاف، لأنه كان يأكل من صنعته، ترجمته في: الفهرست لابن النديم ٢٩٠، تاج التراجم ص٧، «الجواهر المضية» برقم ١٦٠، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ١٣٧، و«الطبقات السنية» برقم ٢٧٢، و«الفوائد البهية» ص ٢٩.

(٦) وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد، جاء في "تكملة رد المحتار" ما نصّه هذا: وعن أبي يوسف ومحمد: أن التكرار حتمٌ حتى لو قضى القاضي بالنكول مرّة لا ينفذ، والصحيح أنه ينفذ. تكملة رد المحتار ٧/ ٤٣٦.

(١) البَذل: هو إباحة شيئ عن طيب نفس. المصباح المنير ١/ ٤٠ ولسان اللسان ١/ ٧٢١. وذكر العلامة ابن نجيم معناه الاصطلاحي نقلا عن «الظهيرية» فقال: "تفسير البذل عنده: ترك المنازعة والإعراض عنها".

ثم كون النكول بذلا هو مذهب أبي حنيفة، وذهب صاحباه إلى أنه إقرار. راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٧ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٧.

(٢) النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار. كذا وجّه له ابن نجيم في البحر الرائق ٧/ ٢٠٧. كما أورد هذا الضابط بعض الفقهاء بصيغة: «النكول بمنزلة الإقرار» انظر: «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣، «المنثور في القواعد» ٣/ ٢٨٣، «المبدع» ٤/ ١١١.

(٣) ذكره الإمام الحَصيري تلميذ قاضي خان في قاعدة: «النكول من المضطر بمنزلة البينة»، «التحرير في شرح الجامع الكبير»، مخطوط، ورق ٣/ ٧١٣.

ومنها: أن دعوى المتناقض باطلة[1] فيما يحتمل الانتقاض، لأن أحد الكلامين ينقض الآخر، فلا تصح دعواه، حتى لو كان أمرا لايحتمل الانتقاض كالنسب[2] والحرية[3] والطلاق[4] ونحو ذلك، تسمع دعواه.

ولهذا قلنا: إن مجهول النسب إذا أقرّ بالرقّ لإنسان، ثم ادّعى الحرية تسمع دعواه، لأن إقراره بالرق لا يبطل الحرية[5]، فلايمنع دعوى الحرية.

---

(١) عبّره السرخسي بقوله: «الدعوى مع التناقض لاتصح» «المبسوط» ٢٠/ ٨٥، وقال الكاسانى: الأصل فى هذا الباب أنه إذا سبق من المدعى ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى إلا فى النسب والعتق. بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤، ويرجع إلى مجلة الأحكام العدلية، المادة ٨٠: «لا حجة مع التناقض لكن لايختلّ معه حكم الحاكم»، وأصله ما ذكره قاضي خان في هذا الشرح بقوله: «سعي الإنسان في نقض ما تمّ به مردود إلا إذا وافقه الخصم» ص ١٥٩٩، وهذه القاعدة واردة في المجلة بصيغة: «من سعى في نقض ماتمّ به من جهته فسّعيه مردود عليه» المادة: ١٠٠.

(٢) بأن قال لمجهول النسب: هو ابنى من الزنا، ثمّ قال: هو ابنى من النكاح تسمع دعواه. (بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤)

(٣) وفي (ا) و (ب): "كالنسب والطلاق"، بسقوط "الحرية".

(٤) بأن لو برهنت المختلعة بعد أداء بدل الخلع على طلاق الزوج قبل الخلع تسمع دعواها. (انظر ردّ المحتار ٥/ ٥٨٦ و«بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٤.

(٥) وعلل الكاسانى بأن بيان النسب مبنىّ على أمر خفيّ، وهو العلوق منه، إذ هو مما يغلب خفاءه على الناس، فالتناقض فى مثله غير معتبر. «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٤.

وقال الحصكفى: التناقض فى موضع الخفاء عفو. (الدر المختار ٥/ ٥٨٦، وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، وشرحه للحموى ١/ ٣٥٠)

ومنها: أن إثبات الثابت لَغو، والبينة القائمة لا عن خَصم[1] مردودة[2].

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله: رجل اشترى جارية بألف درهم[3]، وقبضها، ونقده الثمن، ثم جاء رجل وادّعاها على المشتري، انتصب المشتري خصما، لأن صاحب اليد[4] يدّعيها لنفسه، فيكون خصما للمدّعي، فإن أقرّ بها للمدعي، أمر بالتسليم، ولا يرجع بالثمن على بائعه، لأن إقراره حجة عليه دون غيره.

وكذا لو جَحَد دعواه فحُلِّف فنكل، وقضي عليه بالنكول، لا يرجع بالثمن على بائعه، لأن نكوله لا يصلح حجة على غيره[5].

ولهذا قلنا: إن المريض مرض الموت، إذا ادّعى هلاك وديعة لوارثه، فاستحلف فنكل وقضى عليه بالنكول، لا يلزم ذلك باقي الورثة، فيكون النكول بمنزلة الإقرار[6].

---

(١) الخصم: المدعى والمدعى عليه، لأن كل واحد منهما خصمٌ للآخر. «مجموعة قواعد الفقه» ص٢٧٧.

(٢) ويستثنى من هذه القاعدة ما يسمّى فى الفقه الإسلامى "شهادة الحسبة" أى الشهادة المؤدّاة لمجرد إقامة حق محض من حقوق الله تعالى، فإن هذا النوع من الشهادة لا تحتاج إلى سبق دعوى أو خصومة. انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ٣٨٣ والبدائع ٦/ ٢٧٧.

(٣) "درهم" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "صاحب اليد" ساقط من (ج) و (د).

(٥) لأن النكول من المدعى عليه بمثابة إقرار منه، أو بمثابة بذل منه، كما مر بنا الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه، وكلهما لا يصلح حجة على غيره. راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٧ والبحر الرائق ٧/ ٢٠٥-٢٠٧.

(٦) الإقرار للوارث لا يصح إلا بإجازة الباقين من الورثة. راجع «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٢٤.

فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع، إذا ردّ عليه المبيع بعيب يحدث [مثله][1]، إن ردّ عليه بإقراره، لايلزم الموكل، وإن رد عليه بنكوله، يلزم بمنزلة الرد بالبينة[2].

والفرق أنّ المشتري مختار في النكول، لأنه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق الحلف[3] وهو البيع والتسليم، فإن ذاك دليل الملك ظاهرا، وإذا امتنع عن اليمين[4] مع قيام المطلق، كان مختارا، ولو كان مضطرّا فإنما لحقه الاضطرار بعمل باشرَه لنفسه، فلايظهر [حكم نكوله في حق الغير][5].

أما الوكيل مضطرّ في النكول[6]، لأنه لم يوجد في حقه ما يطلق له الحلف، فإن الموجد ليس إلا الأمر بالبيع، والإنسان كما يبيع السليم، يبيع المَعيب، فلم يكن عالما بالسلامة عن العيب، والإنسان عسى لايعلم بعيوب ملك نفسه، فكيف يعلم بعيوب ملك الغير، وهذا الاضطرار إنما لحقه بعمل باشرَه لغيره، فيظهر حكم نكوله في حق ذلك الغير، ويجعل النكول بمنزلة البينة.

---

(١) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

(٢) انظر فتح القدير ٧/ ٨٤ و٦/ ٢٠١ مكتبة رشيدية.

(٣) وفي (ا) و (ب): "اليمين" مكان "الحلف".

(٤) قوله: "عن اليمين" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) قال البابرتى: الوكيل فى النكول مضطرّ لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر، وإن ردّه بإقرار لزم الوكيل، لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لأنه أمكنه السكوت أو الإنكار حتى تعرض عليه اليمين، ويقضى بالنكول، لكن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة. (العناية بهامش فتح القدير ٧/ ٨٤)

فإن قال المشتري: أنا أقيم البينة أنها للمستحق، لأرجع بالثمن على البائع، لايلتفت إليه[1]، لأن ملك المستحق ثبت بقضاء القاضي[2]، فهو يريد بهذا إثبات الثابت، ولأنه متناقض في دعواه، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع، وصحة البيع، والتزام موجب العقد، فهو يريد بهذا إبطال عقد باشره، ونفي ما التزم من أحكامه، فلايصح.

كما لو أقام المشتري[3] بينة أن العبد الذي اشتراه ملك فلان الغائب، باعه البائع بغير أمره ليرجع بالثمن على بائعه، لم يقبل لما قلنا[4]، كذلك هنا.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألتين: إحداهما ما ذكر في المأذون: رجل اشترى عبدا، وقبضه ونقد الثمن، ثم أقام البينة أنّ البائع باع[5] هذا العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا، قبلت بينته وإن كان متناقضا ساعيا في نقض ما تمّ به.

والثانية ما روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: إذا وهب جارية من رجل، فاستولدها الموهوب له، ثم أقام الواهب البينة أنه كان دبّرها أو استولدها، قبلت بينته، ويرجع على الموهوب له بالجارية، والعقد، وقيمة الولد، وإن كان ساعيا في نقض ما تمّ به،

---

(١) وهذا بعد القضاء بنكول المشترى، وأما قبل القضاء به لو أقام المشترى البينة على أنها للمستحق ينبغى أن نقبل لأنّ النكول بمثابة الإقرار، ويجوز الجمع بين الإقرار والبيّنة إذا كانت هناك فائدة، وههنا كذلك، لأن البينة تفيد حق الرجوع للمشترى على البائع. راجع: رد المحتار ٥/ ٥٨٧.

(٢) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

(٣) "المشتري" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) وعلله الكاسانى بأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء من البائع قبل ذلك، لأن الشراء يوجب الملك للمشترى فكان مناقضًا فى دعواه. راجع «بدائع الصنائع» ٦/ ٢٢٣.

(٥) وفي (ا): "كان باع".

متناقضا في كلامه، لأنه لما وهبها له فقد أقرّ أنها محل التمليك، وقد صارت ملكا للموهوب له[1].

والفرق بين هذه المسائل[2]: أما الفرق بين مسألتنا ومسألة المأذون: أن في مسألة المأذون لما أقام البينة على بيعه من الغائب قبل بيعه منه، فقد أقام البينة على إقرار البائع أنه ملك الغائب، لأن البيع إقرار من البائع بانتقال المبيع[3] إلى المشتري.

وفي مسألة الكتاب لو أقام البينة على إقرار البائع أنها للمستحق، قبلت بينته لما نذكر، فاستويا[4].

---

(١) علّق ابن الهمام رحمه الله على هذه المسألة بقوله: وعندى أن ها غير صحيح لأن التناقض إنما قبل فى دعوى الحرية لأنها مما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد إقراره بالرق، والفاعل بنفسه للتدبير والاستيلاد لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه، فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينة. (فتح القدير ٦/ ٢٠١)

وأجاب ابن نجيم رحمه الله عن هذا التعليق بكلام مفصّل، فليرجع إلى "البحر الرائق" ٦/ ١٥٣ وردّ المحتار ٤/ ٤٢٩.

(٢) قوله: "والفرق بين هذه المسائل" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) وفي (ج) و (د): "الملك" بدل "المبيع".

(٤) وقبول بينة المشترى فى هذه المسألة مقيّد بما إذا ادعى المشترى إقراره بملك الغير بعد البيع، أما لو ادّعى إقراره قبل البيع ثم أقام البينة على ذلك فلا تقبل لما فى دعواه من التعارض، ويفهم من عبارة الكتاب قبول بينة المشترى مطلقًا أى سواء ادعى إقراره قبل البيع أو بعده، ولكن فى صورة ادعاءه قبل البيع لا تقبل بينة لما فى دعواه من التعارض البيّن، لأنّه لما علم بإقراره كان عليه أن لا يُقدم على العقد، فلما أقدم عليه دل على صحة العقد، ثم يسعى ببينة أو ينقص ما تم من جهته فلا تقبل، نعم، لو ادعى بإقراره بعد البيع تقبل بينته، لأنه لم يعلم بإقراره قبل البيع، فلم يدلّ

وأما الفرق[١] بين مسألتنا وبين المسألة الثانية [فنقول][٢]: الواهب متناقض في كلامه، إلاأن هذا تناقض فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد، والتناقض فيه[٣] لايمنع صحة الدعوى[٤].

وعن أبي يوسف في مسألة الكتاب: لو أقام المشتري[٥] البينة أنها للمستحق، إن كان المستحق حاضرا قبلت بينته، وإن كان غائبا لاتقبل، لأنه إذا كان حاضرا انتقلت دعواه إلى المستحق، وتصير بينته بينة المستحق، بخلاف ما إذا كان غائبا.

ولو أقام المشتري البينة على إقرار البائع أنها للمستحق، قبلت بينته[٦]، لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره، وهو خصم في ذلك، ويثبت ما ليس بثابت، وهو

إقدامه على العقد على صحته. (راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ١١٨ وتقريرات الرافعي على ردّ المحتار ٥/ ١٥٠.

(١) "الفرق" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) وفي (ا) و (ب): "في مثله".

(٤) راجع بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤.

(٥) "المشتري" ساقط من (ا).

(٦) حمل الزيلعي وغيره من الفقهاء رحمهم الله هذه الصورة على ما إذا كانت الجارية فى يد المستحق، ثم أقرّ له المشترى بملك الجارية، ثمّ أقام البينة على إقرار البائع بملك المستحق، لأن شرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشترى، وههنا كذلك لأن الجارية فى يد المستحق فلم تسلم للمشترى، فتقبل بينته.

أمّا إذا كانت الجارية فى يد المشتري فلا تقبل بينته ويأتى مثله للمصنف قريبًا. (راجع تبيين الحقائق ٤/ ١٠٨ وحاشيته للشيخ شهاب الدين أحمد الشلبى على هامش الصفحة نفسها.

إقرار البائع، ولو كان متناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم، وهو يثبت بهذا تصديق البائع، ويجوز أن تقبل البينة على إقرار الخصم، ولاتقبل[1] على نفس الحق.

كما قال علمائنا رحمهم الله فيمن في يده عبد، ادّعاه رجل، فأقام صاحب اليد البينة على أنه لفلان الغائب، لاتقبل بينته ما لم يدع الوصول إلى نفسه[2] من جهة الغائب[3].

ولو أقام البينة على إقرار المدّعي أنه لفلان الغائب، تقبل وإن لم يدع الوصول إلى نفسه من جهة الغائب.

فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في الجامع الصغير، وهي في "باب بيع عبد الغير"[4]:

رجل في يده عبد لرجل باعه من رجل، فقال المشتري[5]: بعتَه بغير أمر المالك، وقال البائع: لا بل بعتُه بأمره، فأقام المشتري بينة على ما ادعى، أو على إقرار البائع بذلك، لاتقبل[6]. ولو أقر البائع بذلك عند القاضي، يلزمه رد الثمن[7].

---

(١) وفي (ج) و (د): "لاتسمع".

(٢) وفي (ا) و (ب): "إلى يده".

(٣) يستفاد من هذا أن صاحب اليد لو أجاب بأنه ليس لي، أو هو لفلان ولم يزد، لا يكون دفعًا للدعوى ولا تقبل بينته، أما لو بيّن جهة الوصول إليه من الغائب، كما لو قال: أودعنيه، أو أعارنيه، تقبل بينته. (انظر ردّ المحتار ٥/ ٥٦٦)

(٤) قوله: "وهي في باب بيع عبد الغير" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) أي: أراد المشتري ردّه، وادّعى أن البائع باعه بغير أمر المالك، وجحد البائع، فأقام البينة.

(٦) انظر المسألة في «الجامع الصغير»، ذكرها الإمام محمد رحمه الله في "باب في الرجل يغصب

ووجه الفرق بينهما[1] أنه وضع المسألة في "الجامع الصغير" فيما إذا كان المبيع في يد المشتري، وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن، فلايكون مدعيا حق الرجوع[2].

وهنا وضع المسألة فيما إذا أخذت الجارية من يد المشتري، فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع.

ولايقال في مسألة المأذون: المبيع في يد المشتري، ومع هذا قبلت بينته، لأنا نقول: ذاك محمول على ما إذا أخذ العبد من يده[3].

ولو قال المشتري للقاضي: سَلِ البائع أنّ الأمة للمستحق أو ليست له؟ أجابه القاضي إلى ذلك، لأنه يدّعي أنه مظلوم، وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره، فيسأله القاضي، فإن أقر بذلك، لزِمه [ردّ][4] الثمن، وإن أنكر، وطلب المشتري تحليفه، أجابه القاضي إلى ذلك.

شيئا فيبيعه أو يبيع عبدا لغيره بغير أمره"، ص ٣٥٩، طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

(٧) لبطلان ذلك البيع، لأن التناقض لايمنع صحة الإقرار، فكان للخصم أن يساعده على ذلك، فنفذ النقض عليهما باتفاقهما، ولذلك شرط للنقض طلب المشتري، حتى يصيرا متفقين على ذلك. انظر «النافع الكبير» لللكنوي، ص ٣٥٩.

(١) وفي (ج) و (د): "والفرق أنه".

(٢) راجع البحر الرائق ٦/ ١٥٣ وفتح القدير ٦/ ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) راجع تبيين الحقائق ٤/ ١٠٨ والبحر الرائق ٦/ ١٥٣ وفتح القدير ٦/ ٢٠١ وما بعدها.

(٤) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

منهم من قال: إنما يحلفه القاضي، لأنه ادّعى عليه معنىً لو أقر به يلزمه، فإذا جحد يستحلف، كما في سائر الدعاوى[1].

فإن قيل: بلى! ادّعى عليه معنىً لو أقرّ به يلزمه، ولكنه متناقض، لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بصحبته، ولزوم أحكامه، ودعواه أنه ملك المستحق إنكارا لذلك، فكان متناقضا، ولهذا لاتقبل بينته، وكما لاتقبل البينة إلابعد دعوى صحيحة، لايستحلف إلابعد دعوى صحيحة.

دلّ عليه ما ذكر في المأذون، عبد اشترى من رجل شيئا، ثم قال: أنا محجور، وقال البائع: هو مأذون، فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادّعى، لاتقبل، ولايستحلف خصمه، وإن أقرّ به البائع يلزمه.

وذكر في الجامع الصغير[2]: أنّ المشتري لو أراد استحلاف البائع: "بالله ما بعتُه من فلان قبل أن تبيعه مني"، لم يكن له ذلك، وإن أقر به البائع يلزمه[3].

والجواب عنه أنّ في مسألتنا المشتري غير متناقض من كل وجه، لأنه لاينكر العقد أصلا، ولاملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو صحّة[4] اللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضا في حق البينة، ولم نجعله متناقضا في حق اليمين، [ليكون عملا بهما، والعمل على هذا الوجه أولى، لأن البينة حجة متعدّية، فلو لم نجعله

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٢.

(٢) وفي (ج) و (د): "وذكر في الجامع".

(٣) انظر فتح القدير ٦/ ٢٠٢.

(٤) "صحّة" ساقط من (ا) و (ج) و (د).

متناقضا في حق البينة][1]، يلزمنا أن لانجعله متناقضا في حق اليمين بطريق الأولى.

بخلاف مسألة المأذون، لأن العبد منكر حكم العقد أصلا، لأن شراء المحجور لايوجب ملك الثمن، فكان متناقضا من كل وجه، وبخلاف مسألة الجامع، لأن ثمّة المبيع في يد المشتري، فلايكون له حق الخصومة[2].

ولو لم تستحق الجارية، ولكن ادّعت أنها حرة الأصل، فأقر المشتري بذلك، أو استحلف فنكل، وقضى القاضي بحريتها، لم يرجع المشتري بالثمن على البائع. أما حرية الجارية[3] لأنها كانت له من حيث الظاهر، فصح إقراره، ولايرجع على البائع [بالثمن][4]، لأن إقراره ونكوله حجة عليه دون غيره[5].

منهم من قال: قوله "فاستحلف فنكل" غلط من الكاتب، لأن الاستحلاف لايجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة، وعندهما: يجري، إلا أنّ اليمين تكون على الأمة، فلامعنى لقوله: "وأبي المشتري اليمين".

ومنهم من قال: ما ذكر في الكتاب صحيح، لأن موضوع المسألة فيما إذا بيعت الأمة وسلمت، وانقادت الأمة لذلك، وانقيادها لذلك بمنزلة الإقرار بالرق، فكان دعوى الحرية منها بمنزلة دعوى العتق العارض، فيكون اليمين على المشتري، لأن الظاهر شاهد

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د)، ولم تثبت في الأصل.

(٢) يرجع إلى فتح القدير ٦/ ٢٠١ وما بعدها.

(٣) "الجارية" ساقط من (ج) و (د).

(٤) "بالثمن" ساقط من الأصل، وزيد من النسخ الأخرى.

(٥) راجع الفتاوى الهندية ٣/ ١٦٧ وفتح القدير ٦/ ٢٠٣.

له، فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة، قبلت بينته، ويرجع عليه بالثمن[١].

فرّق بين هذا وبين الاستحقاق [بالثمن][٢]، والفرق من وجهين:

أحدهما: أنه ليس بمتناقض في فصل الحرية، لأن في فصل الحرية يظهر ببينته أنه أخذ الثمن بغير حق، وذاك دَين عليه، لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك الثمن للبائع، فكانت البينة مظهرة أنّ إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بانعقاد العقد، فلايتحقق التناقض.

أما الاستحقاق لايمنع الانعقاد[٣]، ولا ملك الثمن للبائع، فلو قبلت بينة المشتري أنها للمستحق، لايظهر بينته[٤] أن إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بملك الثمن للبائع، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقض، ويصير مكذبا شهوده، ساعيا في نقض عقد[٥] تمّ به[٦].

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) أى انعقاد العقد، لأنّ البائع فضولى على حدّ زعم المشترى، فى بيع جارية المستحق وبيع الفضولى ينعقد عند الحنفية، غير أن نفاذه يتوقف على إجازة المالك. (راجع بدائع الصنائع ٥/ ١٤٨)

(٤) قوله: "لايظهر بينته" ساقط من (ا) و (ب).

(٥) وفي (ج) و (د): "في نقض ماتم به".

(٦) إشارة إلى قاعدة وردت في المجلة: «من سعى في نقض ما تمّ به من جهته فسَعيه مردود عليه» المادة: ١٠٠.

والوجه[1] الثاني: أنه متناقض في الفصلين، إلاأنّ هذا تناقض فيما لايحتمل النقض، فلايمنع صحة الدعوى، كما لو تزوّج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع، أو أقامت البينة أنه كان طلّقها ثلاثا، ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجا غيره.

وكذا لو أعتق عبده على مال، ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك البتة، قبلت بينته[2].

واختلف أصحابنا فيمن باع أرضا ثم أقام البينة أنه باع ما هو وقف. منهم من قال: لاتقبل بينته، لأنه يحتمل الفسخ فصار[3] كالبيع، ومنهم من قال: تقبل، لأنه لايحتمل الفسخ بعد القضاء، فكان بمنزلة التدبير ونحوه[4].

وذكر أبوُ بكر الرازى رحمه الله: إنّما تقبل بينة المشتري أنها حرّة [5]، لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج، فتقبل من غير دعوى، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة، لاتقبل بينته، وعلى قولهما تقبل، لأنها شهادة[6] قامت على عتق العبد، فلاتقبل

(١) "الوجه" ساقط من (ج) و (د).

(٢) يرجع إلى فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

(٣) "فصار" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) والأصح من القولين في هذه المسألة أنه لا تقبل الدعوى المجرّدة لما فيها من التناقض، ولكن لو أقام البائع البينة على دعواه تقبل بيّنته، وعلّلوه بأن الوقف حق الله تعالى فتسمع فيه البينة بدون الدعوى. انظر ردّ المحتار ٤/ ٤٢٩ وما بعدها.

(٥) وجاء في (ج) و (د): "أنّ بينة المشتري إنما تقبل على الحرية".

(٦) "شهادة" ساقط من (ا) و (ب).

من غير دعوى. والتناقض يمنع الدعوى[1].

ولو ادّعى المستحق أنها أمته، أعتقها أو دبّرها أو ولدت منه، فأقر المشتري بذلك، أو أبى اليمين، وقضى عليه، لايرجع على البائع بالثمن لما قلنا[2].

فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك، إن شهد الشهود[3] على أنّ ذلك كان قبل الشراء بينهما، قبلت بينه، ويرجع عليه بالثمن[4]، لأنه يثبت بينته أنها لم تدخل في العقد، فكان مدعيا الدَين، ولايكون متناقضا.

وإن شهدوا على أنّ ذلك كان بعد الشراء بينهما، لاتقبل بينته، لأنها وقت العقد كانت أمةً مملوكةً محلا للعقد، فالإعتاق المتأخر لايُبطل الشراء السابق لما مر[5].

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

(٢) أي لما أن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقرّ. راجع بدائع الصنائع ٧/ ٢٢٨.

(٣) وفي (ا) و (ب): "إن شهدوا".

(٤) وفي (ج) و (د): "تقبل، ويرجع بالثمن".

(٥) انظر فتح القدير ٦/ ٢٠٣.

باب ما يقضي [به][1] القاضي فينقض الشراء ثم يردّ قضاءه وما لايردّ من ذلك

بني الباب على أصلين:

أحدهما: أن القضاء إذا اعتَمَد سببا صحيحا، نفَذ باطنا وظاهرا[2]، ولاينتقض بزوال ذلك السبب بعده، لأن شرط صحة القضاء وجود السبب وقت القضاء لابقاءه، لأن بقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم[3].

وإن ظهر انعدام السبب من الأصل، نفذ القضاء ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول[4].

---

(١) مابين المعكوفتين مثبت من النسخ الأخرى، و ثبوته أولى.

(٢) مثال ذلك ما ذكره ابن عابدين بأن المراد بالنفاذ ظاهرًا أن يسلم القاضى المرأة إلى الرّجل، ويقول: سلّمي نفسكِ إليه فإنه زوجك، ويقضى بالنفقة والقسم.

والمراد بالنفاذ باطنًا أن يحلّ لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى. (انظر رد المحتار ٥/ ٤٠٥)

(٣) يتضح ذلك بكلام العتابي فقال: "أصل الباب: أن قضاء القاضي إذا بنى على سبب صحيح ينفذ ظاهرا وباطنا، فلو بطل السبب بعد ذلك، لايبطل القضاء، لأن بقاء الحكم يستغني عن بقاء السبب". «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٥٠.

(٤) نسب الطحاوي هذا إلى قول أبي حنيفة فقط، فقال في مختصر اختلاف العلماء: قال أبو جعفر: قال أبو حنيفة: إذا حكم الحاكم ببينة، بفسخ عقد، أو عقد مما يصح أن يبتدأ، فهو نافذ. انظر: «

وفي قوله الآخر[1]، وهو قول محمد والشافعي[2]، ينفذ ظاهرا لا باطنا[3]، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود، والفسوخ بشهادة الزور[4].

وأصل آخر: أنّ استحقاق[5] المبيع بملك مطلق أو سابق على البيع، يوجِب توقيف البيَاعات الماضية على إجازة المستحق[6]، ولايوجب الانتقاض في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وهو قول محمد.

مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٧٦، «المبسوط» ١٦/ ١٨٠.

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "وعند أبي يوسف الآخر".

(٢) انظر «مغني المحتاج» ٤/ ٥٣٠، «المزني» ص ٣٠٣، و«الإفصاح» ٢/ ٢٥٤.
وهو قول المالكية والحنابلة. يرجع للتفصيل: «المغني مع شرح الكبير» ١١/ ٤٠٧ - ٤٠٨.

(٣) ذكر الإمام الطحاوي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد والشافعي، ولم يذكر قول أبي يوسف الأول، ونقل مثالا له من قول أبي يوسف: فإن حكم بفُرقة، لم يحل للمرأة أن تتزوج، ولايقربها زوجها أيضا. انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٧٦، و«المبسوط» ١٦/ ١٨٠.

(٤) راجع فتح القدير ٦/ ٣٩٨ وردّ المحتار ٥/ ٤٠٥، وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣/ ١٦٧ وما بعدها. (طبعة: الإرشاد بغداد)

(٥) الاستحقاق: هو طلب الحق، "استحق فلان الأمر" استوجبه، قاله الفارابي وجماعة: فالأمر مستحق بالفتح اسم مفعول ومنه خرج المبيع مستحقًا، وأشار بهذا إلى أن معناه الشرعى موافق لمعناه اللغوى، وهو أن المراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء حقًا واجبًا للغير. (راجع ردّ المحتار ٥/ ١٩٠ والمصباح المنير ١/ ١٤٤)

(٦) بين العتابي هذا الأصل بقوله: إن استحقاق المبيع لايبطل البيع، حتى يتوقف على إجازة المستحق، فإذا نقضه المستحق الآن ينتقض. «شرح الزيادات» للعتّابي، ورق ٥٠.

وذكر الخصّاف[1] أنّ على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكون نقضا، حتى لو أجاز المستحق شيئا من العقود لايجوز، لأن الخصومة وطلب الحكم دليل النقض، فينتقض به كما ينتقض بصريح النقض[2].

وعن أبي يوسف أنه لاينتقض بنفس القضاء، ولكن إذا أخذ المبيع من المشتري بحكم القاضي يكون نقضا، لأنه دليل النقض[3].

وجه ظاهر الرواية: أنّ الخصومة وطلب الحكم[4] لإظهار الحق، ولو كان الاستحقاق ظاهرا وقت البيع لايمنع الانعقاد على وجه التوقف، فالظهور بعد البيع، لأن لايوجب الانتقاض كان أولى، وكذا الأخذ من المشتري بعد القضاء محتمل، يحتمل النقض ويحتمل التلوّم، فلاينتقض بالشك[5].

---

(١) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهير أبو بكر الخصّاف، الشيباني، تقدمت ترجمته في ص ٦٩٤.

(٢) راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وما بعدها، وفتح القدير ٦/ ١٨٣ وما بعدها.

(٣) والصحيح من المذهب أنه لا ينفسخ بمجرّد القضاء، ولا بقبض المستحق المبيع، بل ينفسخ إذا ترجع المشترى على بائعه بالثمن، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح، وقد نقل ابن نجيم عن شمس الأئمة الحلوانى أن الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخًا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء. (انظر ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وفتح القدير ٦/ ١٨٤ والبحر الرائق ٦/ ١٤٤)

(٤) وفي (ج) و (د): "طلب القضاء" مكان "طلب الحكم".

(٥) وأجيب عمّا استدل به أبو حنيفة وأبو يوسف بأنّ إثبات الاستحقاق لا يستلزم عدم رضا المستحق بالبيع، لجواز أن تكون خصومته دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده مجّانًا، وذلك لأنّه لو لم يدّع الاستحقاق استمرّ فى يد المشترى من غير أن يحصل له عينه ولا بد له، فإثباته ليحصل أحدهما،

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله: رجل اشترى جارية بألف، ونقده الثمن، ولم يقبضها حتى جاء رجل، ادّعاها[1]، وأقام البينة أولا، نقول: يشترط حَضرة البائع والمشتري لسماع الدعوى، لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والمدعى يدّعيهما[2]، فكان القضاء قضاء عليهما، فيشترط حضرتهما[3].

كما لو طلب الشفيع الشفعة قبل القبض، يشترط حَضرة البائع والمشتري، بخلاف ما بعد القبض، لأن الملك واليد كلاهما للمشتري، فيكتفي بحضرته.

فإن أقام البينة بحضرتهما أنها له، وقضى القاضي له بالجارية[4]، ثم إن البائع أو المشتري أقام البينة أن البائع كان اشتراها من المستحق بثمن معلوم، وقبضها ثم باعها من المشتري، قُبلت بينتهما، لأن هذه البينة تقرر القضاء الأول، ولا تنقضه[5].

فلو لم يقيما البينة، وطلب المشتري من القاضي فسخ العقد، وقال له: قل للبائع يسلم ما باعني وإلا فأنقض البيع، أجابه القاضي إلى ذلك، لأن تسليم المبيع من مواجب

إما العين أو البدل بأن يجيز ذلك البيع. (كذا في ردّ المحتار ٥/ ١٩١ وفتح القدير ٦/ ١٨٣)

(١) وفي (ج) و (د): "حتى ادّعاها رجل".

(٢) قوله: "والمدعى يدّعيهما" ساقط من (ج) و (د).

(٣) راجع الدر المختار مع ردّ المحتار ٥/ ٢٠٢.

(٤) وجاء في (ج) و (د): "وقضى له بها".

(٥) وذلك لأن القضاء بأن المستحق باعه يقرر القضاء بأنه ملك المستحق، فيلزم البيع. (راجع ردّ المحتار ٥/ ٢٠٢)

العقد، فإذا عجز عن التسليم[1]، كان له حق الفسخ، كما لو أبق العبد[2] المبيع قبل القبض[3]، أو غصبه غاصب، ولايفسخ إلا بطلبه، لأنه حقه.

فإن نقض القاضي العقد بينهما، وقضى على البائع بالثمن، ثم أقام البائع بينة [أن المستحق باعها منه][4]، قضى القاضي بذلك، لأنه فور دعواه بالحجة، فإن أراد البائع أن يلزم الجارية المشتري ليس له ذلك[5].

وكذا لو أراد المشتري أن يأخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر على التسليم، لأن القاضي فسخ العقد بينهما بسبب صحيح، وهو العجز عن التسليم، فنفذ قضاءه ظاهرا وباطنا، كما لو فسخ البيع بإباق العبد قبل التسليم، ثم عاد العبد من الإباق،

---

(١) "التسليم" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "العبد" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) أمّا لو أبق العبد قبل العقد فلا ينعقد البيع أصلا على ما جاء فى ظاهر الرواية، لأنه معجوز التسليم عند العقد وإن كان مملوكًا للبائع، وروى عن أبى حنيفة أنه ينعقد البيع فى هذه الصورة أيضًا، وأما لو أبق بعد العقد وقبل أن يقبضه المشترى فالبيع منعقد غير أن للمشترى أن يطالب فسخه. (راجع بدائع الصنائع ٥/ ١٤٧ وفتح القدير ٦/ ٥٩)

(٤) مابين المعكوفتين مثبت من (ج) و (د)، وفي الأصل: "وأقامها على المستحق".

(٥) لأن العقد قد انفسخ بنقض القاضى فليس له أن يلزمها المشترى، أما إذا لم يكن القاضى نقض العقد للزم العقد، وكان للبائع أن يلزم الجارية المشترى، كما مرّ سابقًا. (راجع ردّ المحتار ٤/ ١٩٨)

لايعود البيع، كذلك هنا[1].

ولو كان المشتري قبض الجارية من البائع[2]، ثم ادّعاها رجل، لايشترط حضرة البائع، هذا لأن الملك واليد كلاهما للمشتري، فيكتفي بحضرته.

فإن قضى القاضي للمستحق، ثم إن البائع أقام البينة على المستحق أنه كان باعها منه قبل بيعه، قبلت بينته، لأنه يثبت عقدا جرى بينهما، فيكون خصما[3].

ثم ينظر إن كان ذلك قبل أن يقضى القاضي على البائع بالثمن للمشتري، رجعت الجارية إلى المشتري، لأن البيع الذي جرى بينهما قائم لم ينفسخ[4].

وإن كان القاضي قضى عليه بالثمن للمشتري، واستردّ الثمن بقضاء القاضي على قول أبي حنيفة، نفذ الفسخ ظاهرا وباطنا، وكانت الجارية للبائع، لأن القاضي فسخ العقد[5] بينهما بناءً على أنها للمستحق، فإذا ظهر أنها كانت للبائع، ظهر أنه قضى بباطل، فيكون النفاذ على الاختلاف[6].

فإذا لم ينفذ فسخ القاضي، عند محمد كان للبائع أن يلزم الجارية المشتري، وإن

---

(١) راجع فتح القدير ٦/ ٥٩ و٦/ ١٨٧.

(٢) قوله: "من البائع" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) المصدر السابق ٦/ ١٨٧.

(٤) فتح القدير ٦/ ١٨٧ وردّ المحتار ٤/ ١٩٨. (انظر إحالات ابن الهمام إلى شرح الزيادات من ص١٨٢ إلى ١٨٨)

(٥) وفي (ج) و (د): "البيع".

(٦) فتح القدير ٦/ ١٨٧.

أراد المشتري أخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر البائع، لأن المشتري رضي بالفسخ، حيث طلب من القاضي فسخ العقد، فتمّ الفسخ في حقه، ولم يتمّ في حق البائع، فلهذا كان الخيار له[١].

هذا إذا رجع المشتري على البائع بالقضاء، فلو أنّ المشتري بعد الاستحقاق لم يخاصم البائع، ولكن طلب من البائع الثمن فأعطاه، أو قبل الفسخ ثم أقام البائع البينة على المستحق على الوجه الذي ذكرنا، قبلت ببينته، لأنه يثبت الملك لنفسه، وإذا قضى القاضي ببينته، لم يكن لأحدهما أن يلزم الجارية لصاحبه إذا لم يرضَ به الآخر، لأن العقد انفسخ بتراضيهما فلا يعود.

رجل رهَن عند رجل جارية بألف، وسلمها إليه، ثم إن الراهن أخذها بغير إذن المرتهن، وباعها من رجل[٢]، وسلمها إلى المشتري، ثم إن المرتهن أقام البينة على المشتري أنها كانت رهنا عنده، فإنّ القاضي يقبل بينته، ويردها على المرتهن، لأنه أثبت لنفسه ملك اليد والحبس، وبذلك كان مقدّما على البائع، فيكون مقدما على المشتري[٣].

ثم المشتري إن شاء فسخ العقد[٤]، لأن التسليم فات بسبب كان عند البائع، فصار

---

(١) فتح القدير ٦/ ١٨٨.

(٢) "من رجل" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر تكملة فتح القدير ٩/ ١١٠.

(٤) أى إذا رضى البائع بالفسخ، لما يذكره الشارح أن المشترى لا يستبدّ بفسخ البيع لمجرد تأخير التسليم، فإذا لم يرضَ البائع بالفسخ ليس له ذلك نعم، له أن يرفع القضية إلى القاضى، فالقاضى يفسخه لأن ولاية الفسخ إلى القاضى. (انظر الهداية للمرغينانى مع نتائج الأفكار ٩/

كأن لم يكن، وإن شاء صبر حتى يفتك الراهن، لأن التسليم فات بسبب يرجى زواله، فكان له الخيار كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض.

فإن طلب المشتري من القاضي فسخ العقد، أجابه [إلى ذلك][1] لعجز البائع عن التسليم، ولا ينفسخ إلا بقضاء أو رضىً، لأن الفسخ بتأخير التسليم مجتهد فيه، إذ تأخير التسليم ساعة لا يوجب الفسخ، فيتوقف على قضاء القاضي، بخلاف ما لو وجد بالمبيع عيبا قبل القبض، فإنه ينفرد بالفسخ، وكذا الرد بخيار الرؤية لأنه غير مجتهد فيه، فلا يتوقف على قضاء[2] أو رضى[3].

وعن أبي بكر الرازي أنّ هذا في البيع خاصة، أما في الرهن والإجارة: للمشتري نقض العقد من غير قضاء ولا رضى، لأن العقد موقوف على إجازة المرتهن والمستأجر، فينفرد المشتري بالفسخ قبل الإجازة، كما ينفرد المشتري بالفسخ في بيع الفضولي.

فإن فسخ القاضي العقد بينهما، ثم إنّ الراهن قضى دَين المرتهن، وأفتك الرهن، لا يكون له أن يلزم الجارية المشتري، ولا يعود البيع بينهما، لأن القاضي فسخ العقد بينهما[4] بحق، لعجز البائع عن التسليم، فنفذ قضاءه ظاهرا وباطنا.

ولو أنّ الراهن أقام البينة أنه كان قضى دين المرتهن قبل البيع، ثم باعها من المشتري،

١١١، والدر المختار مع ردّ المحتار ٦/ ٥٠٨)

(١) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من (ج) و (د).

(٢) وفي (ا) و (ب): "على قضاء القاضي".

(٣) انظر الهداية مع نتائج الأفكار ٩/ ١١١ وما بعدها.

(٤) "بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

قبلت بينته، وهو ظاهر[(١)].

وإذا أخذ الجاريةَ، لايعود البيع في قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعلى قول محمد ينفذ الفسخ ظاهرا لا باطنا، وكان للبائع أن يلزم الجارية المشتري، وإن أراد المشتري أخذ الجارية، وامتنع البائع عن التسليم، لايجبر على التسليم، لأن المشتري رضي بالفسخ، فنفذ في حقه دون البائع.

رجل اشترى غلاما بمائة دينار، وقبضه، ثم باعه من رجل بألف درهم، وسلّمه، فاستحق الغلام من يد المشتري الثاني بالبينة، وأخذ المستحق، فأقام المشتري الثاني البينة أنّ المستحق كان باعه من البائع الأول بألف درهم[(٢)]، وسلّمه إليه[(٣)]، قبلت بينته[(٤)]، لأنه لايمكنه إثبات الملك لنفسه إلا بإثبات الملك لبائعه، فكان خصما، وليس في بينته نقض القضاء، فقبل بينته[(٥)].

فإن لم يجد البينة، ورجع على بائعه بالثمن بقضاء القاضي، ثم إن بائعه وهو المشتري الأول، أقام البينة على هذا الوجه، وأخذ الغلام، لم يكن له أن يلزم العبد[(٦)]

(١) كذا في الأصل، قوله: "وهو ظاهر" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) وفي (ا) و (ب): "بمائة دينار".

(٣) قوله: "وسلّمه إليه" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) انظر البحر الرائق ٦/ ١٤٥ وما بعدها وفتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٥) "بينته" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

(٦) "العبد" ساقط من (ا) و (ب).

المشتري في قول أبي حنيفة، لأن القضاء بالفسخ نفذ ظاهرا وباطنا، وعلى قولهما لم ينفذ باطنا، لأنه فسخ العقد بينهما بناءً على أنه ملك المستحق. فإذا ظهر الأمر بخلافه ظهر بطلان القضاء، فلم ينفذ في حق البائع، ونفذ في حق المشتري لما قلنا[1].

ولو أن المشتري الأول لم يجد البينة، ورجع على بائعه بالثمن بقضاء، ثم إنّ البائع الأول أقام البينة على أنه كان اشتراها من المستحق، وأخذ العبد، كان له أن يلزم العبد المشتري الأول عندهما. لعدم نفاذ الفسخ في حق البائع الأول، وليس للمشتري الأول أن يلزم الثاني، لأن المشتري الثاني حين رجع على بائعه بالثمن، فسخ البيع الثاني[2]، والبائع الثاني لما رجع على بائعه بالثمن، فقد رضي بفسخ المشتري الثاني، فانفسخ البيع الثاني بتراضيهما، فلايعود. أما البائع الأول لم يرض بالفسخ، فلم ينفذ الفسخ في حقه، فكان له أن يلزم المشتري الأول.

وعلى قول أبي حنيفة نفذ الفسخ في حق الكل، وكان العبد للبائع الأول[3].

ذكر محمد الخلاف في هذا الموضع[4] خاصة. وكان أبو نصر محمد بن سلام البلخي[5] رحمه الله يقول: الخلاف في هذه المسألة دون ما تقدم، وكان يفرق لأبي حنيفة

---

(١) انظر فتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٢) وفي (ج) و (د): "البيع الثاني".

(٣) راجع البحر الرائق ٦/ ١٤٥، وفتح القدير ٦/ ١٨٧.

(٤) وفي (ج) و (د): "هذا الفصل".

(٥) هو أبو نَصر محمد بن سلّام البلخي، صاحب الطبقة العالية، حتى أن الفقهاد عدّوه من أقران أبي حفص الكبير، وقال أبو الوفاء القرشي في الجواهر: "تارة يذكره بعض أصحابنا باسمه، وتارة

ويقول: هنا تأيّد قضاء القاضي بمؤيّد، وهو انفساخ العقد بين المشتري الأول والثاني ظاهرا وباطنا، وصحّة كل واحد من البيعين متعلق بصحة الآخر، فإذا انفسخ البيع الثاني من كل وجه، أوجب ذلك انفساخ البيع الأول.

وعامّة المشايخ قالوا: الخلاف في هذا الفصل خلاف فيه وفيما تقدم، لأن المعنى يجمع الكل، وإنما نصّ على الخلاف هنا، لأنه حفظ الجواب في هذه المسألة خاصة.

وقوله: "بأن قضاء القاضي في هذا الفصل تأيد بمؤيد"، لايصح، لأن العقد الثاني انفسخ بتراضيهما، لا لفساد العقد، وهذا لايؤيده قضاء القاضي، كما لو تفاسخا بالإقالة، ثم وقع القضاء على المشتري الأول.

رجل اشترى عبدا بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، فاستحقه [رجل][1] بالبينة، ثم إن المشتري أقام البينة أن البائع باعه بأمر المستحق، قبلت بينته، لأنه ادّعى ما يصح به شراءه، فيكون خصما[2].

يذكرونه بكنيته، وتارة يجمعون بين الكنية والاسم، فيقولون: الفقيه أبو نصر محمد بن سلام، وكثيرا ما يذكره هكذا قاضي خان"، وقال اللكنوي: ذكر أبو الليث في آخر كتابه النوازل أن وفاته كانت سنة خمس وثلاثمائة.

انظر ترجمته في: «الجواهر المضية» برقم ١٣٢٤. وفي «كتاب الكنى» من الجواهر ٤/ ٩٢، و«كتائب أعلام الأخيار» برقم ١٤٩، و«الطبقات السنية» برقم ٢٠١٤، و«الفوائد البهية» للكنوي، ص ١٦٨.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧.

فلو لم يقم البينة، ولكنه رجع على بائعه بالثمن، ثم إنّ البائع أقام البينة على المستحق أنه باعه بأمره، فهذا على وجهين[1]:

إن كان المشتري أخذ من البائع عَين الثمن الذي دفعه إليه، أو كان البائع استهلك ذلك الثمن، وغرَم مثله من ماله، لاتقبل هذه البينة، لأن البائع يزعم أنّ المستحق كان وكله بالبيع والأمر مع المشتري، فسخا ذلك البيع، لأن المستحق لما جحد الأمر، فقد فسخ ذلك العقد، والمشتري حين رجع على بائعه فقد رضي بذلك، فانفسخ العقد بتراضيهما، كما لو تقايلا البيع، فكان للمشتري أن يأخذ الثمن من المؤكل[2]، والثمن الذي دفعه إلى البائع، أو الضمان الذي وجب على البائع باستهلاك الثمن مال الموكل، فلم يكن للوكيل حق في إقامة هذه البينة، ولافائدة، فلاتقبل.

وإن كان الثمن هلك عند البائع، فضمنه المشتري مثله، تقبل بينته، لأنه يدفع الضمان عن نفسه، ويبين أنه كان أمينا، وقد هلك الثمن في يده بغير صُنعه، فلاضمان عليه، فكان خصما فتقبل بينته.

ثم على قول أبي حنيفة نفذ الفسخ، فيرجع على المستحق [بالبينة][3] بما ضمن، لأنه أمين، لَحقه الضمان في الأمانة، فيرجع على من ائتَمَنه، ويبقى العبد للمستحق، وعلى قول محمد يأخذ العبد، فيلزم المشتري، لأن القاضي قضى بباطل، فلم ينفذ

---

(١) وحاصل الوجهين أن لو برهن البائع أن المستحق أمره ببيعه وهلك الثمن فى يده تقبل، ولو استهلكه أو ردّ إلى المشترى عينه لا تقبل. (راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧ والبحر الرائق ٦/ ١٤٥)

(٢) وفي (ج) و (د): "الوكيل".

(٣) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

قضاءه.

فإن قيل: الموكل مع المشتري فسخا العقد بتراضيهما من الوجه الذي قلنا، فوَجب أن لايعود البيع، ويكون العبد للمستحق.

قلنا: المستحق إنما رضي بالفسخ بناءً على أن لايلزمه شيء، فإذا لحقه ضمان لايكون راضيا، والمشتري إنما رضي بالفسخ بناءً على أن يسلم المقبوض له، ولم يسلم، لأن البائع أثبت ببينته أنه أخذ ما ليس له حق الأخذ، فكان له حق الاسترداد.

ولو كان المشتري باعه من رجل، وسلّمه إليه، ثم استحق من يده، ورجع هو على بائعه بالثمن، ثم إن بائعه أقام البينة أن البائع الأول كان باعه بأمر المستحق، قُبلت بينته، لأنه خصم في إثبات ما يصح به شراءه، ويتمّ به ملكه.

وإذا قبلت بينته، وأخذ العبد، كان له أن يلزم المشتري الآخر في قول محمد رحمه الله، لأن فسخ القاضي لم ينفذ في حقه. وعند أبي حنيفة لايلزمه المشتري الثاني[1] بناءً على ما قلنا.

فلو أن المشتري الأول لم يقم البينة على هذا الوجه، ورجع على بائعه بالثمن، وأخذ منه عين الثمن الذي دفعه إليه، أو كان البائع الأول استهلك الثمن، وغرم مثله، ثم أقام البائع الأول البينة على المستحق أنه باعه بأمره، لايقبل، لما قلنا في الفصل الأول[2]،

(١) "الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) قوله: "في الفصل الأول" ساقط من (ا) و (ب).

ولو هلك ذلك الثمن في يده، وغرم مثله من ماله، تقبل البينة[1].

ثم على قول أبي حنيفة لايأخذ العبد، ولكن يرجع على المستحق بما غرم، وعلى قول محمد يأخذ العبد، فيلزمه المشتري الأول، ويأخذ منه الثمن، وليس للمشتري الأول أن يلزم المشتري الثاني، لانفساخ البيع الثاني بينهما بالتراضي.

رجل اشترى عبدا بألف درهم، وقبضه، ونقد الثمن، فاستحقه رجل من يده بالبينة، فرجع على بائعه بالثمن بغير قضاء، فأعطاه البائع، وضمنه له، ثم إنّ البائع أقام البينة على المستحق أنه كان باعه منه، وسلمه إليه، وقضى القاضي به، فأراد البائع أن يلزم المشتري، أو أراد المشتري أن يأخذه من البائع، ليس له ذلك، لأن العقد انفسخ بينهما[2] بالتراضي فلايعود البيع[3]، كما لو تقايلا[4].

وإن كان المشتري خاصمه إلى القاضي فقضى عليه بالثمن، فأخذه، أو لم يأخذه، ثم أقام البائع البينة على المستحق على الوجه الذي ذكرنا، كان له أن يلزم العبد المشتري إن شاء، وليس للمشتري أن يطالبه بتسليم العبد، لنفاذ الفسخ في حق المشتري، وعدم نفاذه في حق البائع، وهو قول محمد رحمه الله.

فإن أقرّ البائع أنه نوى فسخ البيع حين رجع على المشتري بالثمن، أو كانت جارية

(١) "البينة" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "بينهما" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "البيع" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٧.

فوطئها، أو عرضها على بيع، أو جاء منه ما يدل على الرضى بالفسخ، لم يكن له أن يلزم المشتري.

من المشايخ من قال: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا نوَى الفسخ عند ردّ الثمن، لأن العقد لاينفسخ بمجرد النية، ولهذا لو نوَى الفسخ في خيار الرؤية أو الشرط، لاتعمل نيته، ولايكون فسخا. أما إذا نوى عند رد الثمن، تتصل النية بالفعل، فيكون فسخا.

وفيما إذا اشترى جارية، ثم جحد [1] الشراء، وعزم البائع على ترك الخصومة، يحل له الوطء، لأنه عزم على ترك الخصومة بالوطء، فكان الوطء ثمّة [2] بمنزلة رد الثمن هنا.

ومنهم من أجرى الجواب على ظاهر الكتاب، وقال بأن الفسخ لايقع بالنية، بل القاضي فسخ العقد بينهما، إلا أنه كان بمنزلة المكرَه، فإذا رضي، زال الإكراه، فينفذ فسخ القاضي، بخلاف خيار الرؤية والشرط، لأن ثمة لم يوجد الفسخ قبل النية، فلايقع بمجرد النية.

---

(١) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "ثم جحد القبول الشراء"، وما ثبت في الأصل أصح.

(٢) "ثمّة" ساقط من (ا) و (ب).

باب العبد يشتريه واحد بعد واحد ثم يستحق أو يوجد حرا أو مدبرا

بني الباب على ما تقدم أن القضاء بالاستحقاق لايوجب انفساخ البَيّاعات [الماضية][1] في ظاهر الرواية، والقضاء بالحرية يوجب، ويرجع الباعة بعضهم على بعض.

[قال محمد رحمه الله][2]:

رجل اشترى عبدا بألف، وقبضه، ونقد الثمن، وضمن له إنسان بالدرك، وباعه من رجل، وسلّمه إليه، وباعه الثاني من ثالث، ثم استحقه رجل من يد الثالث، ليس لواحد من الباعة أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه[3]، وليس للمشتري الأول أن

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) مابين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبت من النسخ الأخرى.

(٣) و بناء على هذا ليس للمشتري الأوسط أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه المشتري الأخير، ويستفاد من هذا أنه لا يشترط الزام القاضى البائع بالثمن، بل للمشترى الرجوع على بائعه بدون الزام القاضى، وهو قول محمد، وهو المفتي به في المذهب الحنفي.
ثم إنما يثبت للمشتري الرجوع إذا لم يبرئه البائع عن الثمن قبل الاستحقاق، فلوابرأه البائع ثم استحق المبيع مديره لا يرجع على بائعه بالثمن، لأنه لا ثمن له على بائعه، وكذلك بقية الباعة لا يرجع بعضهم على بعض، لتعزر القضاء على الذي ابرأ مشتريه. راجع رد المحتار ٥/ ١٩٢.

يرجع على الكفيل [1] قبل أن يرجع على بائعه [2].

من المشايخ من قال: هذا قول محمد، وهو رواية عن أبي يوسف في «الأمالي»، أما على رواية الخصاف [3]، وبشر [4] عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله أنّ القضاء بالاستحقاق يوجب فسخ البياعات عندهما [5]، لكل واحد من الباعة أن يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه.

ومنهم من قال: لا [6]، بل هذا قول الكل، وإن انفسخ العقود عندهما على رواية الخصاف، لأن الثمن الذي بقي في يد كل واحد من الباعة بقي على ملكه بعد الفسخ.

ألاترى أن من اشترى عبدا، ونقد الثمن، فهلك العبد قبل القبض، ينفسخ العقد بينهما، ويبقى الثمن ملكا له، ينفذ فيه تصرفاته لبقاء القبض [7].

---

(١) يقصد من الكفيل هنا الضامن بالدرك، أي ضامن الثمن عند ا استحقاق المبيع. راجع «رد المحتار» ٥/١٩٣.

(٢) زاد في (ا) هنا: "أي قبل أن يقضى على بائعه".

(٣) هو الإمام أحمد بن عمر بن مُهير أبو بكر الخصّاف، تقدم ترجمته في ص . . .

(٤) هو بشر بن الوليد الكندي القاضي، تقدم ترجمته في ص ١٢٦.

(٥) وعلى عكس ذلك ينقل ابن الهمام رحمه الله قول شمس الأئمة السرخي: إن الصحيح من مذهب اصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسخ البياعات لم يرجع كل على بائعه با لقضاء راجع فتح القدير ٦/ ١٨٤ ورد المختار ٥/ ١٩٢ وما بعدها.

(٦) "لا" ساقط من (ا) و (ب).

(٧) أنظر رد المختار ٤/٥٦٦.

وكذلك رجل اشترى عبدا بجارية غيره، وقبض العبد بإذن البائع، ملكه، وإن لم يملك بائع العبد الجارية، وإذا بقي الثمن على ملكه، وسلامة الثمن كسلامة المبيع، لأنه عوضه، ولو سلم له المبيع، لايرجع على بائعه بالثمن، فكذلك إذا سلم له الثمن.

ولأنه لو رجع على بائعه، يجتمع في ملكه بدلان عن مبدل واحد، وهو محال، ولايرجع المشتري الأول على الكفيل لسلامة المبيع له من حيث الاعتبار.[1]

قال محمد رحمه الله في الكتاب: القضاء للمستحق قضاء على[2] المشتري الأخير خاصة. قال: وكيف يكون قضاء على غيره من الباعة، ولم يحضر له وكيل.

واختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه أراد به في حق فسخ العقد، لا في حق الملك، بدليل أنه لو أقام واحد من الباعة البينة على الملك المطلق، لاتقبل، ولو لم يصر مقضيا عليه بذلك القضاء، وجب أن تُقبل، ولهذا كان لكل واحد من الباعة أن يرجع على بائعه من غير إعادة البينة[3].

ولو لم يستحق ولكن أقام العبد البينة أنه حر الأصل، وقضى القاضي بذلك، رجع الباعة بعضهم على البعض قبل أن يرجع عليه، ويرجع على الكفيل أيضا قبل أن يرجع

(١) راجع رد المختار ٥/ ١٩٣.

(٢) "على" ساقط من (ج) و (د)، وثبوته أولى.

(٣) وجاء في تنوير الأبصار اوضح مما قاله المصنف حيث قال: والحكم بالا ستحقاق حكم على ذي اليد وعلى من تلقي ذو اليد الملك منه، فلا تسمع دعوى الملك منهم، انظر: تنوير الابصار مع الدارالمختار، وردالمحتار ٥/ ١٩٢

على البائع، لأن الحر لايدخل تحت العقد، وبدله لايملك [بالرجوع][1]، فلو رجعت الباعة بعضهم على بعض قبل أن يرجع إليه[2]، لايؤدي إلى ما قلن [3].

ولو أقام العبد البينة أنه كان عبدا لرجل غير الباعة، فأعتقه ذلك الرجل، وقضى القاضي[4] به، رجع الباعة بعضهم على البعض، لأن القضاء بالعتق المطلق بمنزلة القضاء بحرية الأصل. ألاترى أن المقذوف لو أقام البينة أنه كان عبدا لفلان أعتقه، يجب الحد على القاذف[5].

وهذا لأن ما مضى من البياعات كانت حادثة، والإعتاق حادث، والأصل في الحوادث أنه إذا لم يعلم التاريخ أن يجعل مقارنا، والعتق إذا قارن البيعَ يمنع انعقاد العقد، فلهذا كان القضاء بالعتق المطلق، بمنزلة القضاء بحرية الأصل.

ولو أقام رجل البينة أنه عبده دبّره، أو كانت جارية، فأقام البينة أنه استولدها، فهذا والإعتاق سواء، لأنه أثبت لها حق الحرية، وحق الحرية كحقيقة الحرية[6].

طعن القاضي أبو حازم[7] رحمه الله وقال: ينبغي أن يكون هذا بمنزلة استحقاق

---

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ا) و (ب).

(٢) قوله: "فلو رجعت الباعة بعضهم على بعض قبل أن يرجع إليه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) راجع الدرالمختار مع رد المحتار ٥/ ١٩٣ وما بعده.

(٤) "القاضي" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) راجع «ردّ المحتار» ٥/ ١٩٣.

(٦) المصدر السابق.

(٧) هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي، أبو حازم، المتوفي ٢٩٢ هـ. وتقدم ترجمته في ص

الملك، لأن البيع ينعقد على المدبّر وأمّ الولد، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيع المدبر، يجوز[1]، رواية واحدة، وفي أم الولد روايتان، والمدبر يضمن بالغصب، ويملك بدله، وكذلك أم الولد عندأبي يوسف ومحمد.

والصحيح ما ذكر في الكتاب، لأنهما لايدخلان في العقد، ولايملك ثمنهما، ولايجوز بيع المدبر بقضاء القاضي، بل قضاء القاضي يوجب فسخ التدبير أوّلا، ثم ينفذ في القن، فكان هو والحرّ سواء[2].

ولو أقام رجل البينة أنه عبده أعتقه أو دبّره، بعد ما اشتراه المشتري الأخير، وقضى القاضي[3] بذلك، كان هذا والقضاء بالملك المطلق سواء، لأن الإعتاق المتأخّر لايمنع انعقاد البيع السابق، فكان هذا ومسألة أوّل الباب سواء.

.٢٥٦

(١) وفي (ج) و (د): "ينفذ".

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ٤٧ وما بعدها.

(٣) "القاضي" ساقط من (ا) و (ب) و(ج) و (د).

باب من بيع علو المنزل ثم ينهدم أو يستحق أو يؤخذ بالشفعة

بني الباب على أن محل البيع هو المال المملوك، ومحل الإجارة المنفعة، لأنها وضعت لتمليك المنفعة، فيقتضي قيام المنفعة[١].

ولهذا لو اشترى أرضا سبخة، أو مهرا صغيرا جاز، ولو استأجر ذلك لايجوز[٢]، لما قلنا.

قال محمد رحمه الله:

رجل له منزل عِلو في الدار، فباعه دون السّفل على أن لاطريق له في الدار، فهو جائز[٣]، لأنه أضاف البيع إلى مال مملوك له مقدور التسليم، واستثناء الطريق لايُفسد

(١) وللعتابي كلام نفيس عند تأصيله للباب: أصل الباب أن الأوصاف غير مضمونة بضمان العقد، لأن العقد ورد على الأصل، دون الوصف، أما مضمون بضمان القبض والإتلاف، لأن القبض والإتلاف كما يرد على الأصل، يرد على الوصف. «شرح الزيادات» للعتّابي، مخطوط، ورق ٥٢.

(٢) راجع فتح القدير ٦/ ١٨٠ وما بعدها.

(٣) جواز بيع العلو موقوف على أن يكون العلو موجودا وقت البيع، إما إذا كان قد انعدم قبل البيع فلا يجوز بيعه، لأنه بيع معدوم، أو هو بيع مجرد حق التعلي و كلا هما لا يجوز راجع المجلة العدلية ماده ٢٠٥ . فتح القدير ٦/ ٦٤.

البيع، لأن الطريق لايستحق بدون الشرط، فاستثناءه لايمنع الجواز[1].

بخلاف ما لو باع جاريةً في بطنها ولد، واستثنى الولد، حيث لايجوز البيع، لأن الولد يدخل في البيع من غير شرط، فاستثناءه يغير موجب العقد، فيكون مفسدا[2].

وإذا جاز شراء العلو بدون الطريق[3]، كان له أن يفتح بابا إلى الطريق الأعظم، إن كان ظَهر العِلو إلى الطريق الأعظم، لأن فتح الباب ليس إلانقض بعض الجدار، ولو نقض كل الجدار كان له ذلك، فنقض البعض أولى.

وإذا رفع الجدارَ كان له أن يتطرّق، لأن الشارع حقّ المسلمين، وهو منهم، وإن كان العلو في وسط البيوت، لايمكنه التطرق، جاز البيع أيضا، وإن كان لايتمكن من الانتفاع، لأن جواز البيع لايتعلق بالمنفعة[4].

ولو استأجر عِلوا لاطريق له، لايجوز. والفرق ما قلنا: إنّ الإجارة تمليك المنفعة، فتقتضي المنفعة[5].

ثم إذا جاز هذا البيع، فلو قبض العلو، ثم جاء رجل، واستحق بناء العلو، وأجاز البيع، صحت إجازته، وكان كل الثمن للمستحق.

---

(١) راجع «الهداية» للمرغيناني مع نتائج الأفكار ٨/ ٣٦٥.

(٢) راجع «الهداية» للمرغيناني مع فتح القدير ٦/ ٨٢ «ردّ المحتار» ٥/ ٦٩٧.

(٣) قوله: "وإذا جاز شراء العلو بدون الطريق" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) نتائج الأفكار ٨/ ٣٦٥. و«فتح القدير» ٦/ ١٨٠.

(٥) وكذالك لو استأجر علوا واستثنى الموجر طريقه تفسر الإجارة، بخلاف ما لو اشتري علوا واستثنى الطريق أنظر فتح القدير ٦/ ١٨١. و«ردّ المحتار» ٥/ ١٩٠.

أما صحة الإجازة جواب ظاهر الرواية أن القضاء[1] بالاستحقاق لايوجب انفساخ بيعة الماضية[2]، ثم جعل كل الثمن لمستحق البناء، لأن الثمن يقابل المبيع، والمبيع هو البناء دون الساحة، ولاحق التعلّي[3].

أما حق التعلي فلأن بيعه لايجوز، وكذا بيع ساحة العلو، لأن ساحة العلو سَطح السفل، وبيع السطح لايجوز[4]. [ولذا لو باع ساحة علوٍ، ولابناء عليها، لايجوز][5]، كما لو باع جَذعا في سقف[6].

فرق بين حق التعلي وحق الشرب، وجعل لحق الشرب قسطا من الثمن، فإنه ذكر في "كتاب الشرب":

إذا شهد شاهدان بشراء أرض بألف درهم، فشهد أحدهما أنه اشتراها بشربها بألف، وشهد الآخر أنه اشتراها بألف، ولم يذكر الشرب، لاتقبل شهادتهما، لأن بعض

---

(١) "القضاء" ساقط من (ا).

(٢) كذا في الأصل، وفي (ج) و(د): "لايوجب فسخ البيوع".

(٣) راجع «فتح القدير» ٦/ ١٨١.

(٤) وعلل المرغيناني لهذه المسألة بأن حق التعلى ليس بمال لأن المال ما يمكن احرازه، ومن أو عليه ابن الهمام، ولا هو حق متعلق با لمال بل هو حق متعلق با لهواء و ليس الهواء مالا يباع، والمبيع لا بد أن يكون احدهما. راجع الهداية مع «فتح القدير» ٦/ ٦٤.

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٦) أنظر «فتح القدير» ٦/ ١٨٠ وما بعدها.

الثمن يقابل الشرب، فكان هذا اختلافا بينهما في قدر ثمن الأرض[١].

وذكر في "كتاب القسمة"، وجعل للطريق قسطا من الثمن، فقال: إذا باع دارا مع ممرّها، فاستحق الدار دون الممَر، فإنه ينقسم الثمن على الدار والممر.

قالوا: ما ذكر في كتاب القسمة محمول على ما إذا باع [رقبة][٢] الدار مع رقبة الطريق، أما مجرّد حق الاستطراق[٣] لايجوز بيعه، هكذا ذكر أبو عبد الله الجُرجاني[٤] عن أبي الحسن الكرخي[٥].

---

(١) راجع «فتح القدير» ٦/ ٦٥.

(٢) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٣) قوله: "حق الاستطراق"، الاستطراق: استفعال من الطريق، "استطرقتُ إلى الباب": سلكتُ طريقا إليه، و "حق الاستطراق" أي: حق المرور، و نقل المطرّزي قول القدوري: «من غير أن يستطرق نصيب الآخر» أي يتخذه طريقا. انظر: «المغرب» للمطرّزي ٢/ ٢٠، و«المصباح المنير» ص ٣٧٢.

(٤) اسمه: محمد بن يحي بن مهدي، أبو عبد الله، الفقيه الجُرجاني، أحد الأعلام، عدّه صاحب الهداية من أصحاب التخريج، تفقّه على أبي بكر الرازي، وتفقه عليه أبو الحسين القدوري واحمد بن محمد الناطفي، مات سنة ٣٩٨هـ، ودفن إلى جانب قبر أبي حنيفة.
انظر ترجمته في: «كشف الظنون» ١/ ٣٩٨، تاريخ بغداد ٣/ ٤٣٣، «الجواهر المضية» برقم ١٥٧٣، «كتائب أعلام الأخيار» برقم ٢١٨، و«الطبقات السنية» برقم ٢٣٦٤، و«الفوائد البهية» ص ٢٠٢، الوافي بالوفيات ٥/ ٢٠٨.

(٥) هو عبيد الله بن الحسين بن دلال، الشهير بأبي الحسن الكرخي، المتوفي ٣٤٠هـ، وتقدم ترجمته في ص ١٠٧.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن بيع حق الاستطراق جائز.

والفرق على ظاهر الرواية أنّ حق التعلي يتعلق بالهواء وسطح السفل، وبيعهما لايجوز، فما تعلق بهما لايكون محلا للبيع، فلايقابله الثمن.[1]

أما حق المرور حق يتعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال[2] يجوز بيعه، فكان للمتعلق به حكم المالية، وكذلك حق الشرب حق يتعلق بما هو مال محل للبيع، وهو رقبة النهر، وإنما لايجوز بيعه لمكان الجهالة، حتى لو كان عقدا تتحمل فيه الجهالة كالوصية والوقف يجوز، ويدخل فيه[3].

ولو اشترى علوا مبنيا، ولم يقبضه حتى أصابه المطر، وأذهبه، فقال المشتري: أنا آخذ ساحة العلو بجميع الثمن أو ببعضه لأبني عليه، ليس له ذلك لأن المبيع[4] هو البناء، والساحة كانت تبعا له، وفوات المعقود عليه قبل القبض يوجب انفساخ العقد.

كما لو اشترى شاةً، في ضرعها لبن، فهلكت قبل القبض، يبطل البيع، ولايكون للمشتري أن يأخذ اللبن، كذلك ههنا.

وكذا لو جاء السيل، وأذهب العلو والسفل جميعا، فقال مشتري العلو: أنا آخذ

---

(١) راجع «فتح القدير» ٦/ ١٨١.

(٢) وفي (ج) و (د): "وهي مال".

(٣) أنظر «فتح القدير» ٦/ ٦٦.

(٤) وفي (ج) و (د): "البيع"، وهو خطأ.

موضع العلو حتى إذا بنيتَ سفلكَ أبني عليه العلو، ليس له ذلك لما قلنا.[1]

علو لرجل، وسفله لآخر، وطريق العلو في السكة العظمى، أو في دار أخرى، فباع صاحب السفل سفله، كان لصاحب العلو أن يأخذ بالشفعة بالجوار[2].

وضع المسألة فيما إذا كان طريق العلو في السكة العظمى، حتى يكون استحقاق الشفعة بالجوار، لا بالشركة في حقوق المبيع، وإنما كان كذلك، لأن حق الشفعة يثبت بالجوار، وهو اتصال الملكين، وقد وجد هنا اتصال الملكين على سبيل التأبيد.

وكذا لو باع صاحب العلو علوه، كان لصاحب السفل أن يأخذ بالشفعة، لما قلنا[3].

فلو أن صاحب العلو طلب الشفعة، ولم يأخذ حتى انهدم العلو، أو كان منهدما حين باع السفل، لايكون له الشفعة[4] في قول أبي يوسف[5].

وقال محمد: له الشفعة على كل حال، سواء كان العلو منهدما وقت البيع أو انهدم بعد ذلك.

---

(١) أنظر «فتح القدير» ٦/ ٦٥.

(٢) أنظر الفتاوى الهندية ٥/ ١٦٧.

(٣) المصدر السابق.

(٤) وفي (ج) و (د): "لاشفعة له".

(٥) انظر «النتف في الفتاوى» ١/ ٥٠٠، لقاضي القضاة أبى الحسن على بن الحسين بن محمد السغدي.

قالوا على قياس قول محمد في الشفعة: إذا اشترى علوا، ولم يقبض حتى جاء المطر، وأذهب العلو، كان للمشتري العلو[1] أن يأخذ ساحة العلو بجميع الثمن.

وجه قول محمد: أنّ حق الشفعة لايثبت بالبناء، لأنه نقليّ، وحق الشفعة لايثبت بالنقليّ، وإنما يثبت بحق ثابت على وجه الدوام، وهو حق البناء. ولهذا لو اشترى البناء ليرفعه لايستحق الشفعة.

وليس لقائل أن يقول: كيف يستحق الشفعة بحق البناء، وحق البناء لايجوز بيعه؟ لأنا نقول: كم من شيئ لايجوز بيعه، ويستحق به الشفعة.

قال: أرأيت طريقا غيرَ نافذ، بين دور لقوم، ليس الطريق بملك لهم، إنما هو قبالهم، فباع بعضهم داره، كانت الشفعة للشركاء في الطريق، ولو باع أحدهم طريقه لايجوز.

وكذلك أراض لقوم، شربها من نهر صغير، لاتجري فيه السّفن، بين قوم، فباع أحدهم أرضه بشربه، كانت الشفعة للشركاء في الشرب، ولو باع الشرب لايجوز.

ثم قال محمد: على قياس قول أبي يوسف إذا انقطع الماء أياما في هذه المسألة، وجب أن لاتكون الشفعة للشركاء في الشرب، وهو بعيد، فكذلك في مسألة العلو.

ولأبي يوسف: أن حق الشفعة ثبت بخلاف القياس في شفع ملك إلى ملك، فلايستحق إلا بالملك. ولهذا لايستحق بحق السكنى، ولابحق الرهن، فكذا بحق التعلّي.

---

(١) "العلو" ساقط من (ج) و (د).

ولا يستحق الشفعة بحق التعلي في حجرة أخرى بجنبها، فكذا في حق التعلّي[1].

ومسألة الشرب والممر قول محمد، ولئن سلّمنا فالفرق بين حق الشرب والتعلّي ما قلنا، والله أعلم.

(١) ذكر الإمام السغدي خمسة وعشرين شيئا ما لاتثبت فيه الشفعة، وذكر منها: "دار فوقها أخرى، فإذا بيعت السفلى وكانت العليا قد خربت، فلا شفعة فيها لصاحب حق العلو على الاختلاف في قولي أبي يوسف ومحمد. راجع «النتف في الفتاوى» ١ / ٥٠٠ لشيخ الاسلام قاضي القضاة أبي الحسن على بن الحسين بن محمد السغدي المتوفي سنة ٤٦١هـ طبع بغداد سنة ١٩٧٥م.

باب بيع الوالد على ولده الصغير وبيع الوصيّ على الصغير

بنى الباب على أن الواحد في المعاوضات المالية لايصلح عاقدا من الجانبين، لأن حقوق العقد فيها ترجع إلى العاقد، فيصير الواحد مطالبا ومطالَبا، مستزيدا مستنقصا، وذلك محال[1]، إلا الأب إذا باع ملكه من ولده الصغير، واشترى مال الصغير لنفسه بما يتغابن الناس فيه، فإنه يجوز استحسانا.[2]

والقياس أن لايجوز، وهو قول زفر[3]، وعلى قول الشافعي: يجوز بيعه من ولده، ولايجوز شراءه من ولده[4].

---

(١) قال العتابي: أصل الباب: أن الواحد لايتولى طرفي العقد من الجانبين في باب البيع، لأن الحقوق راجعة على العاقد، ومن المحال أن يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالَبا. قاضيا ومقتضيا، مسلّما ومتسلّما، والقياس في الأب كذلك كما قال زفر رحمه الله في الكبار، لكن استحسنا، وقلنا بأن الأب بحكم كمال الشفقة قام رأيه مقام الرائين، وعبارته مقام عبارتين، «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢ .

(٢) و أوجز ابن الهمام في هذه المسئلة بأن عدم تولّي الواحد طرفي العقد في البيع وغيره من المعاملات مخصوص عند الأب يشتري مالَ ابنه لنفسه، أو يبيع ما له منه. راجع: فتح القدير ٥/ ٤٥٨، وبدائع الصنائع ٥/ ١٥٤، جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٣) انظر بدائع الصنائع، ٥/ ١٣٦.

(٤) انظر «نهاية المحتاج» ٥/ ١٩٢، وما بعدها.

وحكي عن أبي علي الشاشي[1] أنه قال: هذا ليس ببيع في الحقيقة، بل هو قربان مال الصغير[2] على وجه الأحسن، لأن الظاهر أنه ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فكان قربان ماله على وجه الأحسن، وإنما سمّي بيعا توسعة ومجازا.

والصحيح: أنه بيع لثبوت أحكام البيع من خيار العيب، والرؤية، وحق الشفعة، وغير ذلك.

وجه القياس: ما قلنا إنه لو جاز هذا العقد[3] يرجع إليه الحقوق، فيؤدّي إلى الاستحالة، فلايجوز، كما لو وكّل الأب وكيلا بذلك، ففعل الوكيل.

وجه الاستحسان: أن الأب لكمال شفقته، قام شخصه مقام شخصين، ورأيه مقام

---

(١) هو الفقيه أحمد بن محمد بن إسحاق، أبوعلى الشاشي، سكَن بغداد ودرّس بها، وتفقهّ على أبى الحسن الكرخى، ثم جعل الكرخى التدريس له، وكان يقول: ما جاءنا أحفظ من أبى على الشاشى، مات سنة ٣٤٤ هـ.

انظر ترجمته في: طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٤٣، كتائب أعلام الأخيار برقم ١٨٠، الطبقات السنية برقم ٣٠٧، تاريخ بغداد ٤/ ٣٩٢، الجواهر المضية برقم ١٩١، الفوائد البهية ص٣١. أخبار أبي حنيفة وأصحابه للصيمري ص ١٦٣

والشاشي: نسبة إلى "شاش"، مدينة بما وراء النهر ثم وراء نهر سَيحون، متاخمة لبلاد الترك. معجم البلدان للحموي، ٣/ ٣٤٩.

(٢) في (ج) و (د): "اليتيم".

(٣) "هذا العقد" ساقط من(ا) و (ب)

رأيين، فيجعل كأنه باع منه، وهو كبير بالغ[1].

ثم تحمّل الحقوق بحق الأبوّة، لابحكم العقد، فيكون أصيلا في حق نفسه، نائبا في حق الصغير، حتى لو بلغ كانت العهدة على الصغير.[2]

وفيما إذا باع ماله من أجنبي، فبلغ الصغير، كانت العهدة على الأب، بخلاف ما إذا وكل وكيلا بذلك، لأن شفقته دون شفقة الأب، فلايقوم مقام الأب في حق الصغير.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

لايجوز بيع أحد من نفسه، ولاشراءه من نفسه إلا الأب يبيع ماله من ولده[3]، وقد ذكرنا.

وصورة البيع من نفسه أن يقول: "بعت هذا من نفسي"، أو يقول[4]: "اشتريت هذا

(١) فالظاهر انه يختار ولده علي نفسه، فانتفت التهمة منه، ولذا يشترط في هذا التصرف بأن لايتضرر به الصغير، فلو باع بمثل القيمة، أو اشترى بمثل القيمة جاز. انظر: «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢، وجامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٢) قال العتابي: الحقوق من جانب الصغير راجع الي الصغير، لكن بحكم عجزه يتحمل الاب عنه بطريق النيابة، حتى لو بلغ كان هو المطالب أو المطالَب دون الأب، فإن كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد، لايؤدي إلى التضاد والاستحالة. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢. وانظر بدائع الصنائع ٥/ ١٥٢.

(٣) راجع: بدائع الصنائع ٥/ ١٥٢، فتح القدير ٥/ ٤٥٨، جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(٤) قوله: "أو يقول" ساقط من (ا) و (ب).

لنفسي"، فإذا قال ذلك، يتم البيع، ولايحتاج إلى قوله: قبلت[1]، لما ذكرنا أن كلامه قائم مقام كلامين، ولأن نفس القبول لايعتبر، وإنما يعتبر الرضى، ولهذا ينعقد البيع بالتعاطي من غير إيجاب ولاقبول، وقد وجد دلالة الرضى[2].

ثم قال محمد رحمه الله: إلا الأب إذا باع ماله من ولده بما يتغابن الناس فيه، وأشهدَ، فإنه يجوز، والإشهاد ليس بشرط، وإنما قال ذلك على وجه الاحتياط، حتى لايجعل ذلك تركة بعد موته.

وروى الحسن[3] عن أبي حنيفة أنه لايجوز بيعه من ولده الصغير، إلا بمثل القيمة، لأنه متّهم في حق نفسه، فربما يوثر نفسه على ولده، فكان الغَبن اليسير والفاحش سواء،

---

(١) "قبلت" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) صوّر الفقهاء التعاطي بما إذا اتفق البائع والمشترى، ثم يأخذ المشتري المتاع ويذهب برضى صاحبه من غير دفع الثمن، أو يدفع المشتري الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسلّم المبيع. انظر: «ردّ المحتار» ٥/ ٥٢١.

(٣) هو الإمام الحسن بن زياد اللؤلؤي، صاحب الإمام أبي حنيفة، وكان يختلف إلى أبي يوسف وزفر، وقال يحيى بن آدم: ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ولي القضاة، ثم استعفى عنه، وقال ابن سماعة: سمعت الحسن يقول: كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء، توفي سنة ٢٤٠ هـ، انظر ترجمته في: الطبقات السنية برقم ٦٧٦، تاريخ بغداد ٧/ ٣١٤، الجواهر المضية برقم ٤٤٨، الفوائد البهية ص ٦٠، طبقات الفقهاء للشيرازي ١٤٦، الأنساب ٤٩٦، شذرات الذهب ٢/ ١٢، الكامل ٢/ ٣٥٩، ميزان الاعتدال ١/ ٤٩١.

فلايتحمّل منه الغبن[١]، كما لايتحمل من المريض المديون، بخلاف ما لو باع مال ولده من الأجنبي، لأنه غير متّهم، فيتحمّل منه[٢] اليسير.

وروى هشام عن محمد: أنه يتحمّل منه الغبن الفاحش في بيعه من نفسه.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية، لأن الغبن اليسير، إنما يتحمل من الأب[٣] في بيعه من الأجنبي، لتعذّر الاحتراز عنه، فيجعل عفوًا في حقه أيضًا[٤]، ولأن الظاهر من حال الأب[٥] أن لايضرّ بولده، لمنفعة يسيرة تعود إليه، بخلاف المريض المديون، لأنه حجر عن التبرّع لحقّ الغرماء، فيستوى فيه اليسير والفاحش.

رجل له عبد، فوكّل رجلا بأن يبيعه من ابنه الصغير، أو يشتري عبدا لابن للأب، فباعه الوكيل من الابن، أو اشترى من الابن، وهو صغير، لايعبّر عن نفسه، وأشهدَ، كان باطلا، وقد ذكرنا الفرق بين ما إذا فعل الأب ذلك بنفسه، وبين ما إذا وكل وكيلا، ففعل الوكيل[٦].

فإن كان الأب حاضرا، فلما قال الوكيل: بعت هذا الغلام من ابنك الصغير بكذا،

---

(١) "الغبن" ساقط من(ا) و (ب).

(٢) "منه" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) كذا في الأصل وفي (ج): منه.

(٤) انظر: «الجامع الصغير»، ص ٥٣١، وجامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١، نقلا عن شرح الطحاوي.

(٥) وفي (ج) و (د): "من حاله".

(٦) سقطت العبارة في نسخة (ا) و (ب) من قوله: "بين ما إذا فعل الأب" إلى آخر الفقرة..

وقال الأب: قبلت، كان جائزا.

وكذا في الشراء، لو قال الوكيل: بعت عبد الابن منك، فقال الأب: قبلت، أو اشتريت، أو أجرت، جاز، لأن العقد قام بإثنين، فلايؤدي إلى الاستحالة، وتكون العهدة من جانب الأب على الوكيل، ومن جانب الابن على الأب.

وبعضهم جعلوا على العكس، لأن جعل الأب متصرّفا عن نفسه أولى، والأول أصحّ، لأن تصرف الأب لنفسه مباح، وللصغير فرض، لأنه من باب النظر، فيجعل الأب متصرفا للصغير، تحقيقا للنظر.

رجل له ابنان صغيران، لأحدهما عبد، وللآخر جارية، فقال الأب[1]: أشهدوا أني اشتريت عبد ابني فلان لابني فلان بجاريته، فهو جائز، لأنه لو اشترى لنفسه يجوز، فكذا إذا اشترى لولده الآخر.

ولو وكل الأب بذلك، ففعل الوكيل، لايجوز، لما قلنا إنه دون الأب في كمال الشفقة[2]، فلايقوم مقامه، ولو وكل رجلا ليشتري لأحد الابنين، ووكل آخر بالبيع، فتَبايع الوكيلان جاز، لأن العقد قام بشخصين.

رجل له ابن صغير يعبّر عن نفسه، ويعقل البيع والشراء، إلا أنه ليس بمأذون في التجارة، فقال الأب لرجل: بع عبدي هذا من ابني، ففعل الوكيل ذلك، إن علم الغلام بأمر الأب جاز، وإن لم يعلم لايجوز.

---

(١) "الأب" ساقط من (ا) و (ج).

(٢) العبارة في (ج) و (د): "إن شفقته دون شفقة الأب".

وذكر في المأذون: إذا قال المولى لأهل السوق: بايعوا عبدي، يصير مأذونا في التجارة، وإن لم يعلم به العبد.

وذكر في الوكالة: لو قال لرجل: اشتر عبدي من فلان، فذهب واشترى، إن علم فلان بأمره جاز، وإن لم يعلم لايجوز، وذكر في موضع آخر من الوكالة أنه يجوز، ولم يشترط العلم.

من أصحابنا من قال: تأويله إذا علم بذلك[1]، وفرقوا بين إذن الصبي، وإذن العبد، وقالوا: إذن العبد يصح بدون العلم، وإذن الصبي لا، لأن ما يلزم العبد يقضى من مال المولى، لأنه يباع فيه، فلايشترط علم العبد[2].

أما دين الصبي يقضى من ماله، فيشترط علمه، فالحاصل: أن الإذن القصدي لايثبت بدون العلم في العبد والصبي جميعا، بخلاف الإيصاء حيث يثبت بدون العلم.

وعن أبي يوسف: أن الوكالة القصديّة تثبت بدون العلم، وكذا الإذن، وسوّى بينه وبين الإيصاء، وفي ظاهر الرواية فرق بينهما، لما عرف في "الجامع الصغير" وغيره.

وأما الإذن: إذا كان تبعا، فيه روايتان، وكذا الوكالة، إذا كانت تبعا لأمر الحاضر بالتصرف، هل تثبت بدون العلم؟ فيه روايتان، وجه رواية الصحة أنّ الإذن والتوكيل يثبت تبعا لأمر الحاضر، ولهذا يصير مأذونا قبل المبايعة، فيثبت من غير علم، كعزل الوكيل إذا كان تبعا، وكم من شيء يجوز حكما، ولايجوز قصدا.

---

(١) "بذلك" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "علمه".

وجه الرواية الأخرى أن صحة شراء المأمور، لاتفتقر إلى الأمر، فبقي الإذن مقصودا، فلايصح بدون العلم.

ولو وكل الأب رجلا ببيع عبده، ولم يقل من ابني، فباعه من ابنه لايجوز، وإن علم الابن بذلك، ما لم يجز الأب، لانعدام الإذن.

ولايجوز بيع الوصي لليتيم ولاشراءه من نفسه إلا أن يكون خيرا لليتيم، وهو قول أبي حنيفة[1].

وقال أبو يوسف ومحمد: لايجوز على كل حال، ولم يذكر هنا قول أبي يوسف، وإنما ذكر بعض المتأخرين في شروحهم، وذكر في الوصايا رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة.

لهما ما ذكر الاستحالة، وإنما تركنا[2] القياس في الأب، لكمال شفقته، وفي هذا لايقوم الوصيّ مقام الأب.

ولأبي حنيفة أن الوصيّ مختار الأب، لكنه قاصر الشفقة، فلقصور شفقته اعتبرنا حقيقة النظر في تصرفه، وذلك بأن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم، [3] وقيل: ما يساوي

---

(١) انظر جامع أحكام الصغار، نقلا عن «الفتاوى الصغرى» ١/ ٢٧٠.

(٢) وفي (ج): "ترك".

(٣) نقل الاستروشني عن وصايا «الفتاوى الصغرى» تفسيرَ الخيرية: أن يشتري ما يساوي عشرة، بخمسة عشر فصاعدا، أو يبيع منه مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة، فهو جائز، وبما فوقها لا، وبه يفتى، وكذا ذكر في «فتاوى قاضي خان» تفسير الخيرية في غير العقار: أن يشتري منه ما

ألفا بثمان مائة [درهم][1].

ولو كان وصيًا لليتيمين، فاشترى أحدهما من صاحبه أو باع، لايجوز في قولهم، أما على قولهما فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة فلأنه لايجوز تصرّفه إلا بشرط النظر، وفي نظر أحدهما إضرار بالآخر.

وكذا لو أذن لليتيمين، أو أذن لعبديهما، فتبايعا، لم يجز[2]، لأنهما استفادا ولاية التصرف منه، وهو لايملك ذلك بنفسه، فكذلك الصبيان، بخلاف ما لو أذن الأب، لأنه لو فعل ذلك بنفسه يصح، فكذا إذا فعلا بإذنه.

وبيع الصبي من الوصيّ، كبيع الوصي من نفسه، لأنه استفاد الولاية من جهته.

يساوي عشرة بخمسة عشر. انظر: جامع أحكام الصغار ١/ ٢٧١.

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) في نسخة (ا) و (ب). لا يجوز تبايعهما.

باب[1] الأمر بالبيع والشراء بشرط الخيار

بني الباب على أن تصرف المأمور إذا خالف أمر الآمر لاينفذ، لأن النفاذ بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر، فلاينفذ، إلا إذا كان خلافا إلى خير في الجنس[2]، بأن وكّله ببيع عبده بألف، فباعه بألف ومائة، ينفذ عليه، لأنه وفاق معنى[3].

ولو[4] وكّله ببيعه بألف، فباعه بمائة دينار، لاينفذ عليه، وإن كان خيراً، لأنه ربما

---

(١) زاد في (ا) و (ب) "من الأمر".

(٢) هذه قاعدة مهمة في مجال العقود، تتناول البحث عن تصرف الوكيل والفضولي، فذكر العتابي في أصل هذا الباب أن تصرف المأمور إن وافق أمر الآمر، يعدّ على الأمر، وإن خالف، إن كان الخلاف إلى خير وهو من جنس المأمور به فكذلك، وإن كان الخلاف إلى شر، إن وجد نفاذا على المأمور، يعد عليه، نحو الشراء وغيره، وإن لم يجد نفاذا عليه يتوقف على إجازة الآمر نحو البيع وغيره. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٢.
وقال الحَصيري: إن تصرف المأمور إذا وافق أمر الآمر، ينفذ، وإذا خالف قصدا، إن كان إلى شر، لاينفذ. «التحرير في شرح الجامع الكبير» باب الوكالة في البيوع ما يضمن ومالا يضمن، ورق ٥/ ٦٢١، وفي المبسوط: "تصرف الوكيل على الآمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده". المبسوط ١٠/ ٢١٤.

(٣) انظر: «ردّ المحتار» مع الدر المختار، ٥/ ٥٢١ وما بعدها.

(٤) "معنى" ساقط من (ج) و (د).

يرغب في أحد الجنسين دون الآخر.

وإذا تعذّر التنفيذ علي الآمر، ينظر إن كان بيعا يتوقّف، وإن كان شراءً لايتوقف، وينفذ على المشتري، لأنه لما خالف، صار فضوليا[1]، وشراء الفضولي لايتوقف لإمكان التنفيذ عليه.

إذا عرفنا هذا قال محمد رحمه الله:

رجل أمر رجلا أن يبيع عبده، ويشترط الخيار للآمر ثلاثة أيام، فباع، ولم يشترط الخيار، لم يجز، لأنه أمره ببيع لايزيل الملك، وقد أتى ببيع يزيل الملك، فيكون مخالفا[2].

فرق أبو حنيفة وأبويوسف رحمهما الله بين هذا وبين ما إذا وكله ببيع فاسد، فباع بيعا جائزا، جاز على الآمر عندهما، خلافا لمحمد، [3] فمحمد سوّى بينهما[4].

ووجه الفرق لهما أن البيع بشرط الخيار للبائع، لايزيل الملك على كل حال، أما البيع

---

(١) تصرف المأمور المخالف لاينفذ على الآمر، لأن النفاذ عليه إنما كان بحكم الأمر، وفيما خالف لم يوجد الأمر، فلاينفذ، ويكون الحال بعد الأمر كالحال قبله، وفي صورة المخالفة يعتبر المأمور فضوليا، ويظل العقد موقوفا مستندا إلى الإجازة، وذكر الحَصيري أن "الأصل في التصرف وقوعه تاما، وترتيب موجَبه عليه في الحال، إلا إذا تعذر تنفيذه فيتوقف"، «التحرير في شرح الجامع الكبير»، ورق ٥/ ٢٠٣.

(٢) انظر: «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٨٩.

(٣) قوله: "فمحمد سوى بينهما" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) انظر: «المبسوط» للسرخسي، ١٩/ ٥٦ وما بعدها.

الفاسد قديزيل الملك في الحال، بأن كانت السلعة مقبوضة، فالتوكيل به يكون توكيلا بهما، ولايكون توكيلا بما[1] لايزيل الملك على كل حال، فإذا باعه بيعا جائزا، فقد أتى ببيع يزيل الملك على وجه الصحة، فكان خلافا إلى خير حيث أمره بأن يطعمه حرامًا، وقد أطعمه حلالا[2].

ولو باعه بشرط الخيار للآمر كما أمره، ثم إنه أوجب البيع وأسقط الخيارَ، لم ينفذ على الآمر، لأنه لم يرضَ بزوال ملكه من غير إجازته، فبقي خياره، ويكون الثاني[3] خيار الإجازة، لاخيار الشرط، حتى لايتوقف بوقت، لأن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد عندنا، فإذا أسقط الخيار بطل خيار الشرط، ويجعل كأنه باع، ولم يشرط الخيار.

ولم يذكر في الكتاب أن الوكيل، لو فسخ العقد، هل يصح فسخه؟

وذكر عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال[4] يصح، لأنه فرّ من العهدة، فيصح ذلك منه[5]، كالفضولي إذا باع، ثم فسخ قبل الإجازة، يصح فسخه، لأنه فرار عن

---

(١) قوله: " ولايكون توكيلا بما " ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وعلّل السرخسي لما ذهب إليه محمد رحمه الله بأن الآمر أمره ببيع لاينقطع به حق المؤكل في الاسترداد، وإقدام الوكيل على العقد الجائز يمنع حق استرداده، فيكون خلافا إلى شرّ. راجع «المبسوط» ١٩/ ٥٦.

(٣) "الثاني" ساقط من (ا) و (ب).

(٤) "قال" ساقط من النسخ الأخرى.

(٥) ذكره الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء»: "قال أبو جعفر: اشراطه الخيار لغيره، اشترط

العهدة، كذلك هنا[1].

ولو أمره بالبيع مطلقا، فباع، وشرط الخيار للآمر أو لنفسه ثلاثة أيام جاز، لأنه أمره بالبيع مطلقا، فيملك أيّ بيع كان.

وعلى قول زفر رحمه الله: إذا شرط الخيار للآمر لايجوز بيعه.

وأصله ما عُرف في البيوع أن اشتراط الخيار لغير العاقد عندنا[2]، لايفسد العقد، وعنده يفسد[3].

حجته[4] أن الخيار حق من حقوق العقد، فاشتراطه لغير العاقد يوجب فساد العقد، كما لو شرط التسليم على غير العاقد، أو نحوه[5].

ولنا: أنه لما شرَط الخيار لغيره، يجعل كأنه شرط الخيار لنفسه، ووكّل غيره باستيفاء

الخيار منه لنفسه، وتوكيل لغيره بإجازته أو فسخه" انظر: «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، اختصر «اختلاف العلماء» للطحاوي، ٣/ ٥٦.

(١) وانظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢١.

(٢) "عندنا" ساقط من (ا) و (ب).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ١٧٤، و «فتح القدير» ٥/ ١٢٦.

(٤) وفي النسخ الأخرى: "له أن الخيار".

(٥) يرى الإمام زفر رحمه الله أن هذا الشرط خلاف لمقتضى العقد، لأن خيار الشرط من حقوق العقد، وحقوق العقد لا تثبت إلا للعاقد، فاشتراطه لغير العاقد خلاف ما يقتضيه العقد، فصار مفسدا للعقد، كما أن خيار الشرط شأنه شأن خيار العيب والرؤية، وهما لايثبتان لغير العاقد، فكذلك هذا. انظر: «بدائع الصنائع» ٥/ ١٧٤، والاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٤.

موجب الخيار تصحيحا[١].

وإذا جاز هذا العقد، وشرط الخيار للآمر، فأيهما أجاز العقد، أو ردّ،[٢] صح[٣].

وكذا لو شرط الخيار لأجنبي صح، لأن كل واحد منهما يملك استيفاء موجب الخيار[٤].

وإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر، ووجد ذلك منهما معًا[٥]، في رواية الفسخ أولى، لأنه أقوى، فإنه يرِد على الإجازة، والإجازة لاترِد على المفسوخ[٦]، وفي رواية

---

(١) فصّل السرخسي حجّة الأحناف بأن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه، لأنه يجعل الغير نائبا عنه في هذا الحق، ولايكون نائبا عنه في حق إلا إذا أثبت له ذلك الحق، ولهذا ابتداء يثبت للشارط ثم يكون هو وكيلا عنه، ولو اشترط الخيار لنفسه ووكّل به غيره جاز، وذلك لإزالة الغبن الذي يلحقه، وقد يشتري الإنسان شيئا وهو غير مهتد فيه، فيحتاج إلى اشتراط الخيار لمن يكون مهتديا فيه من صديق ونحوه، فللحاجة إلى ذلك جعلناه كاشتراط الخيار لنفسه. «المبسوط» ١٣/ ٤٧.

(٢) وفي (ج) و (د): "فسخ".

(٣) جاء في «مختصر اختلاف العلماء»: قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار لغير العاقد، والذي شرط له الخيار، فإن أجازه جاز، وإن نقض انتقض، وكذلك العاقد الذي شرط، فله الخيار. «مختصر اختلاف العلماء» مسألة برقم ١١٣٤، ٣/ ٥٥.

(٤) انظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢٠.

(٥) قوله: "ووجد ذلك منهما معًا" ساقط من (ا) و (ب).

(٦) قاعدة: "الإجازة لاترِد على المفسوخ" ذكرها قاضي خان في كتاب الوصايا بصيغة: "الإجازة إنما تعمل في الموقوف"، وذكرها الفقهاء في صياغات متقاربة: فقال السرخسي: "الإجازة تلحق

تصرف العاقد أولى، على ما عرف في الأصل[1].

فإن أمره باشتراط الخيار لنفسه، فباع، وشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، لما ذكر أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد، وأيهما فسخ، أو أجاز، جاز[2].

ولو باع، وشرط الخيار لنفسه، فأجاز الآمر البيع، أو ردّ، هل يصح ذلك منه؟ قالوا: يصح ردّه، لأن العين بقي على ملكه، وبردّ البيع تمتنع الإزالة، فيصح.

وأما إجازته حكي عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله: لو قال قائل: لاتعمل إجازته، فله وجه، لأنه إلزام العهدة على الوكيل من غير رضاه، وإن قال قائل: تصح إجازته، فله وجه، لأنه لما باع مع احتمال أن يلزمه البيع بوجه من الوجوه، فقد رضي بالعهدة.

ولو أمره بأن يشتري له عبدا، أو جارية بعينه، أو بغير عينه، وسمّى له ثمنا، أو

الموقوف لا المفسوخ"، المبسوط: ٢٤/ ٩٤ و٢٥/ ٧٣، وفي «شرح السير الكبير»: "الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل"، ٥/ ٢٠٤٨، وفي الهداية: "المفسوخ لا تلحقه الإجازة"، وقال الحَصيري تلميذ قاضي خان في بيانها: إن الإجازة إنما تعمل في العقد الموقوف، لا في العقد المفسوخ، لأن الإجازة تنفيذ العقد، فيقتضي قيام العقد، ولهذا قلنا: إن في بيع الفضولي يشترط لنفاذ العقد عند الإجازة: قيام المعقود عليه، وقيام المشتري، ومن توقف على إجازته. «التحرير في شرح الجامع الكبير» مخطوط، ٢/ ٢٩٠

(١) راجع «البحر الرائق» ٦/ ٢٠.

(٢) انظر: «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، ٣/ ٥٦، و«الدر المختار» مع «ردّ المحتار» ٤/ ٥٦٧ و ٥٨٤.

جنسا، وأمره بأن يشترط الخيار لنفسه، فشرط الخيار لنفسه، أو للآمر، أو للأجنبي جاز، لأنه وافق أمره، لأنه شرط الخيار لنفسه في الوجوه كلها، وأيهما أجاز أو نقَضَ صح، لما قلنا.

ولو أمره بالشراء بشرط الخيار للآمر، لا لنفسه[1]، فشرط الخيار لنفسه، أو اشتراه بغير خيار، لزم المشتري دون الآمر، لأنه أمره بعقد لايلزم حكمه إلا بإجازته، فإذا اشتراه بغير خيار، فقد خالف أمره، وكذا إذا شرط الخيار لنفسه، لأن اشتراط الخيار لنفسه، لايكون اشتراطا لغيره، فإذا لم ينفذ على الآمر، يصير مشتريا لنفسه، لما قلنا.[2]

ولو أمره بأن يشتري له جارية بعينها، أو بغير عينها، وسمّى ثمنا، أو جنسا، وأمره بأن يشترط الخيار للآمر، فاشترى، وشرط الخيار للآمر، ثم إن الوكيل قال: "رضيت الجارية، وأمضيت البيع"[3]، جاز ذلك على نفسه[4]، فيما بينه وبين البائع، ولم يجز على الآمر، فكان على خياره، حتى لو رضي الآمر بالعقد، يلزمه العقد.

وإن فسخ العقدَ، ولم يجز، يلزم الوكيل، لأن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط

---

(١) قوله: "لا لنفسه" ساقط من (ج) و(د).

(٢) انظر: «ردّ المحتار» لابن عابدين، ٦/ ٥٨٥.

(٣) "البيع" ساقط من (ا) و(ب).

(٤) ومثله ماذكره الجصاص: إن كان الآمر أمره بشرط الخيار، ثم قال المشترى: قد رضي الآمر، تم البيع، فإن قال الآمر في مدة الخيار: لم أرض، فالقول قوله، ويلزم البيع المشتري، دونه. «مختصر اختلاف العلماء» مسألة برقم ١١٣٥، ٣/ ٥٦.

للعاقد[1]، وإذا ثبت له الخيار، صحت إجازته، لكن لايلزم الآمر، لأنه لم يرض بدخول الجاريه في ملكه ولزوم الثمن إلا بإجازته، فبقي العقد في حق الآمر موقوفا على إجازته[2].

ولايقال: إن الشراء لايتوقف، فإذا لم ينفذ على الآمر، وجب أن ينفذ على المشتري، لأنا نقول: هذا إذا لم يقع العقد لغير العاقد، وهنا وقع العقد لغير العاقد، فلاينفذ على العاقد ما لم يبطل حق الآمر، فإن رضي به الآمر نفذ عليه، وإن لم يرض نفذ على الوكيل، لأنه رضي بلزوم البيع، ووجوب العهدة.

فإذا زال حق الآمر لزم الوكيل، كالوكيل بالشراء، إذا رضي بالعيب، كان للآمر أن يردّ، وإذا ردّ الموكل لزم الوكيل، فصار الشراء على هذا الوجه بمنزلة البيع[3].

وإذا بقي الخيار للآمر، اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: يبقى له خيار الشرط، لأنه ذو حَظّ منه، والصحيح أنه يبطل خيار الشرط، ويبقى له خيار آخر، لايتوقّت بوقت، كما في الوكيل بالبيع.

ولو أن الوكيل لم يُسقط الخيار، فقال له الآمر: ردّ الجارية، فلاحاجة لي فيها، لم يكن ذلك نقضا للبيع، حتى لو ماتت الجارية في يد الوكيل قبل أن يردّ، ماتت من مال الآمر، لأن قوله: "رد الجارية" أمر بالنقض، والأمر بالنقض لايكون نقضا، كالأمر بالبيع

---

(١) كما سبق أن نقلنا قول الإمام الطحاوي، انظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥٦.

(٢) وانظر: «البحر الرائق» ٦/ ٢١.

(٣) المصدر السابق، وانظر «الفتاوى الهندية»، ٣/ ٥٨٥.

لايكون بيعًا، والأمر بالطلاق لايكون طلاقا، وقوله: "لاحاجة لي فيها" إظهار للاستغناء، وليس بنقض.

من أصحابنا من قال: هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وأما على قول أبي يوسف: ينتقض البيع، لأن على قولهما المشروط له الخيار، لاينفرد بالفسخ بغير مَحضر من صاحبه، وعلى قول أبي يوسف: ينفرد.

والصحيح: أن هذا قول الكل، لأن هذا أمر بالنقض، وليس بنقض.

فإن قال الوكيل بعد هذا: "رضيتها، وأمضيتُ البيع"، ثم ماتت، ماتت من مال الآمر، لأن البيع لم ينتقض بكلام الآمر، فصار الحال بعد هذا القول، كالحال قبله، وقبل ذلك لو قال الوكيل: "رضيتها، وأمضيت البيع"، ثم هلكت[1]، ماتت من مال الآمر.

فإن لم تهلك الجارية بعد رضى الوكيل، حتى قال الآمر: نقضتُ البيع، لزمت الجارية للوكيل، لأنه رضي بالعقد، إلا أنه لم يعمل ذلك لحق الآمر، فإذا نقض الآمر يكون للوكيل.

فلو أن الوكيل لم يردّها بعد ما قال الآمر: ردّها، ولم يرض، ولكن باعها من رجل، وسلّمها إليه، وقبض منه الثمن، فالآمر بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، لأن المبيع ملكه، لما قلنا إن قوله: "ردّ الجارية" ليس بنقض[2]، فيتوقف البيع على إجازته، فإن

---

(١) وفي (ج) و (د): "ماتت".

(٢) العبارة: "إن قوله: "ردّ الجارية" ليس بنقض" ساقط من (ا) و (ب).

شاء أجازه، وإن شاء نقض[1].

فإن أجاز، جاز البيع على الآمر، ويطيب له الربح، لأنه لما أجاز البيع، ملكَه مستندا إلى وقت العقد السابق، وقبض الوكيل كقبضه، فكان الربح حاصلا على ملكه وضمانه، فيطيب له.

وإن نقضه لزم المشتري، لأن بيع الوكيل إسقاط منه للخيار، ورضى به، إلا أنه لم يعمل لحق الآمر، فإذا زال حقه، عمل رضى المشتري، وصارت الجارية له، ولاينفذ عليه البيع الثانى، لأنه كان موقوفا على ملك الآمر، فلاينفذ على الوكيل بملك حدَث له بعد البيع، كالفضولي إذا باع مال[2] الغير، ثم ملكه بوجه من الوجوه، لاينفذ بيعه، كذلك هنا.

فلو أن الوكيل مع المشتري الثانى جدّدَ العقد بعد ذلك، جاز لقيام الملك له وقت التجديد، وكان الثمن والربح طيبا له، لأنه اجتمع له الملك والضمان.

ولو أمره بأن يشتري له جارية، وسمّى الثمن أو الجنس[3]، أو لم يسمّ، وسمّى الجنس، وأمره أن يشترط الخيار لنفسه، فاشترى بغير خيار، لزم المشتري، لأنه خالف أمره.

---

(١) قوله: "فإن شاء أجازه، وإن شاء نقض" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج): "ملك".

(٣) قوله: "أو الجنس" ساقط من (ج) و (د).

وذكر في كتاب الوكالة أنها تلزم الآمر.

وجه تلك الوكالة أنه لما أمره باشتراط الخيار لنفسه، فقد أمره بعقد ينفرد بإتمامه وإلزامه[١]، وقد أتى به[٢]، فلايصير مخالفا.

وجه هذه الرواية ما قلنا: إنه خالفه في نفس العقد، فلايلزم الآمر.

(١) في (ج) و (د): "إبرامه".

(٢) قوله: "وقد أتى به" ساقط من (ا).

باب ما يكون قصاصا[1] في الصرف والسلم وما لايكون

بنى الباب أن دَين الصرف والسلم يستوفي، لأن فائدة الوجوب الاستيفاء، ولايوفي به دَين آخر، لأن إيفاء دين آخر به استبدال[2]، وبيع المسلم فيه وبيع العَين المنقول قبل القبض حرام[3]، فبيع الدين أولى، لأن العَين تَقبل من التصرفات ما لا يقبله الدين.

وكذلك بدل الصرف مَبيع من وجه، لأن البيع لايخلو عن مبيع وثمن، وليس أحدهما يجعله مبيعا أولى من الآخر، فكان كل واحد منهما مبيعا من وجه، فيجعل في حرمة الاستبدال مبيعا من كل وجه احتياطا[4]، وعلامة الاستيفاء وجود قبض مضمون بعد

---

(١) في (ا): "ما يكون قضاء"، وفي جميع النسخ الأخرى: "ما يكون قصاصا". وهو الذي ثبت في «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٤.

(٢) ذكر العتابي في أصل هذا الباب: أن الاستبدال بالمسلم فيه وبدل الصرف قبل القبض لايجوز، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك». (أخرجه الدارقطني من حديث أبي سعيد، ٣/ ٤٥، ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر قال: «إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفتَ فيه».) ولأن المسلم فيه مبيع، والاستبدال بالمبيع قبل القبض باطل. «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٤.

(٣) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، ٧/ ٩٥.

(٤) لأن بدل الصرف ثمن من وجه، فيلحق بالثمن من كل وجه احتياطا لأمر الحرمة، وإذا حرم الاستبدال تعيّن الاستيفاء. انظر «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط ورق ٥٤.

الصرف والسلم.

أما[1] إذا وُجد القبض قبل عقد الصرف والسلم، فدين الصرف والسلم يكون قضاء لما قبله، لما عرف أن في المقاصّة[2]، آخر الدينين يكون قضاء عن أولهما، ولايكون قضاء عن آخرهما، لأن القضاء لايَسبَق الوجوب.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل أسلم إلى رجل مائة درهم في كرّ حنطة وسَط إلى أجل معلوم، ثم إن ربّ السلم باع من المسلم إليه عبدا بكرّ حنطة وسَط موصوف في الذمة، وقبض الكر الثمن، ولم يدفع العبد، حتى هلك في يده، أو انتقض بيع العبد بما هو فسخ من كل وجه، كالرد بخيار الرؤية، أو الشرط، أو العَيب قبل القبض، أو بعده بقضاء القاضي[3]، كان على بائع العبد رد الثمن، كما هو الحكم في انفساخ العقد، وللبائع أن يمسك المقبوض، ويردّ مثله عندنا.

---

(١) "أما" ساقط من (ج) و (د).

(٢) "المقاصّة": قاصَصتُه مقاصّة وقصاصا، من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين، مثل ماله عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين، مأخوذ من اقتصاص الأثر، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل وجرح الجارح. وقال المطرزي: القصاص: وهو مقاصّة ولي المقتول القاتلَ، والمجروح الجارح، وهي مساواته إياه في قتل أو جرح، ثم عمّ في كل مساواة، ومنه: تقَاصّوا، إذا قاصّ كلٌّ منهم صاحبَه في الحساب، فحبس عنه مثلَ ما كان له عليه. انظر: «المغرب» للمطرزي، ٢١٨٢، و«المصباح المنير» ص ٥٠٥.

(٣) "القاضي" ساقط من (ج) و (د).

وقال زفر رحمه الله: يتعين عليه ردّ المقبوض[1].

والصحيح مذهبنا، لأن المستحق على البائع عند انفساخ البيع رد الثمن، والثمن مايستحقه البائع بحكم البيع، والبائع استحقّ على المشتري بحكم البيع كرّا في الذمة، لا كرّا بعينه.

وإنما ملك المقبوض بالقبض، فلايجب عليه ردّ هذا الكر، لأن الفسخ يَرِد على ما ورد عليه البيع.

فلو أن البائع لم يردّ الثمن حتى حلّ السلم، فهو على وجوه ثلاثة[2]:

إما إن كان بيع العبد، وقبض الثمن بعد عقد السلم، أو كانا قبل السلم، أو كان بيع العبد قبل السلم، وقبض الثمن بعد عقد السلم.

وكل ذلك على وجهين: إما إن كان فسخا في حق الناس كافّة، أو في حق المتعاقدين خاصّة.

فإن كان بيع العبد، وقبض الثمن بعد السلم، ثم انفسَخ البيع بما هو فسخ في حق الكل، يصير الثمن قصاصا بالسلم، تقاصّا أو لم يتقاصّا، لأن البيع لما انفسخ من كل وجه، بقي قبض الثمن قبض مضمون بعد عقد السلم، فيصير استيفاء السلم.

وإن انتقض البيع بما هو فسخ في حق المتعاقدين خاصة، كالإقالة، والردّ بالعيب بعد

(١) انظر «بدائع الصنائع»، ٥/ ٢٠٦.

(٢) "ثلاثة" ساقط من (ج) و (د).

القبض بغير قضاء، لايصير قصاصًا وإن تقاصّا، لأن لهذا الفسخ حكم العقد المبتدأ[1] فيما ليس من أحكام ذلك العقد، وقبض السلم ليس من أحكام ذلك العقد، ولأن حرمة الاستبدال بالمسلم فيه حق الشرع، والإقالة عقد مبتدأ في حق الثالث على ما عرف.

وإذا اعتُبرت الإقالة عقدا جديدا في حق الشرع، يصير بيع العبد قائما، فكان الكرّ مقبوضا على وجه الاقتضاء بدين وجب بعقد آخر، وما يكون[2] على وجه الاقتضاء بعقد آخر، لايكون استيفاء للمسلم فيه، فيكون استبدالا ضرورة.

وإن كان الشراء، والقبض قبل عقد السلم، ثم انفسخ بيع العبد[3] بما هو فسخ في حق الكل، أو في حق المتعاقدين خاصة، لايصير قصاصا بالسلم، وإن تقاصّا؛ لأنه لم توجد صورة الاستيفاء، وهو قبض مضمون بعد عقد السلم، فيكون استبدالا.

ولو كان الشراء قبل عقد السلم، والقبض بعده، ثم انتقض بيع العبد بما هو فسخ في حق الكل، ثم حلّ السلم، يصير الثمن قصاصا بالسلم، تقاصّا أو لم يتقاصّا بالسلم[4]، لأن الاستيفاء يقع بالقبض، والقبض كان بعد السلم، فإذا انتقض بيع العبد من كل وجه بقي الكرّ مقبوضا بعد عقد السلم بغير عقد، فيكون استيفاء.

كما لو غصب من المسلم إليه كرا بعد السلم، ثم حل السلم، يصير قصاصا، وإن

---

(١) وجاء في (ا) و (ب): "حكم ابتداء العقد".

(٢) وفي (ج): "وما وجب".

(٣) كذا في الأصل، وفي (ج) و (د): "ثم فسخ البيع".

(٤) "بالسلم" ساقط من (ج) و (د).

انتقض بيع العبد بالإقالة ونحوها، لم يصر قصاصا، وإن تقاصّا لما قلنا.

وأما فصل الصرف:

رجل اشترى دينارا بعشرين درهما، وقبض الدينار، ولم ينقد العشرين، حتى اشترى من بائع الدينار ثوبا بعشرين درهما، ودفع إليه الدراهم، فلم يتفرّقا، حتى انفسخ بيع الثوب بسبب من الأسباب التي هي فسخ من كل وجه، فهو والسلم سواء، إن كان شراء الثوب، وقبض الثمن بعد عقد الصرف، يصير ثمن الثوب قصاصا ببدل الصرف، تقاصّا أو لم يتقاصّا، لأن بيع الثوب، لما انفسخ من كل وجه، بقي قبض مضمون بعد عقد الصرف، فيكون استيفاء لبدل الصرف.

وإن انتقض بيع الثوب بالإقالة ونحوها، ذكر في بعض الروايات أنه لاتقع المقاصّة، وإن تقاصّا، وسوّى بينه وبين السلم، لما قلنا في السلم، ولأنه لو وقعت المقاصّة، يكون صرفا بدين سَيجب، وذلك باطل.

وذكر في كتاب الصرف، إذا أكره أحدهما، لاتقع المقاصّة، وإن تقاصّا تقع المقاصة، وجه هذه الرواية: أنهما لما أقدما على المقاصّة، ولاصحة للمقاصة مع بقاء الصرف الأول لما ذكرنا، يجعل كأنهما فسخا ذلك الصرف، وأنشئا صرفا بدينٍ وجب بالإقالة، ولو أنشاء الصرف على هذا الدين حقيقة يصحّ، بخلاف السلم، فكذا إذا ثبت الإنشاء في ضمن المقاصّة تصحيحا.

أو نقول: يجعل إقدامهما على المقاصّة فسخا للصرف، واستبدالا ببدل الصرف لا إنشاءً للصرف، لأنه إنما يجعل إنشاءً ضرورة، ولا ضرورة بعد انفساخ الصرف، ولأن الاستبدال ببدل الصرف بعد انفساخ الصرف جائز، بخلاف السلم، لأنا لو جعلنا المقاصّة

فسخا للسلم، لايجوز الاستبدال برأس المال بعد فسخ السلم.

وإن كان بيع الثوب، وقبض الثمن قبل عقد الصرف، ثم انفسخ بيع الثوب بما هو فسخ من كل وجه، لاتقع المقاصّة، لما قلنا في السّلم، وإن تقاصّا، تقع المقاصه عندنا، لأنهما لما أقدما على المقاصّة، ولاصحة للمقاصة مع بقاء ذلك[1] الصرف، يجعل كأنهما فسخا الصرف، وأنشئا صرفا بهذا الدين تصحيحا واقتضاءً.

وعلى قول زفر: لاتصح[2] المقاصّة، لأنه لايقول بالاقتضاء.

ولو انفسخ بيع الثوب بالإقالة ونحوها، فهو على وجهين: إن كانت الإقالة قبل عقد الصرف، إن تقاصّا جازت المقاصة عندنا، خلافا لزفر، لما ذكرنا.

وإن كانت الإقالة بعد عقد الصرف، يكون على الروايتين اللتين ذكرناهما.

وإن كان بيع الثوب قبل الصرف، وقبض الثمن بعد الصرف، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كانا جميعًا[3] بعد عقد الصرف، لأن المقاصّة تقع بالقبض، فيعتبر القبض، ولا يعتبر العقد[4]. ـ والله أعلم ـ

(١) "ذلك" ساقط من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "لاتقع".

(٣) "جميعًا" ساقط من (ج).

(٤) وفي (ج) و (د): "لا العقد".

باب الزيادة في البيع

بني الباب على على أصول:

أحدها: أن الزيادة في البيع تصحّ حال قيام المعقود عليه، ولاتصح بعد هلاكه في ظاهر الرواية[1]، لأن الزيادة تغيير للعقد، فيقتضي قيام العقد، وقيام العقد بقيام المعقود عليه[2].

والثاني: أن الزيادة الحكميّة، كالولد ونحوه، لاتعتبر مزيداً عليه حال قيام الأصل[3]، وتعتبر بعد هلاكه، لأنها تَبَع الأصل، والتبع لايزاحِم الأصل[4]، ولأن الزيادة القصدية، متى صحّت تلتحق بحالة العقد، والولد الحادث لم يكن موجودا وقت العقد.

---

(١) انظر أقوال الفقهاء في الزيادة في البيع في «مختصر اختلاف العلماء» للجصاص، اختصار «اختلاف العلماء» للطحاوي، ٣/ ١١٠.

(٢) عبّر العتابي هذا الأصل بقوله: "أصل الباب أن شرط صحة الزيادة قيام المزيد عليه، لأن الزيادة بدون المزيد عليه لاتكون". «شرح الزيادات» للعتابي، مخطوط، ورق ٥٥.

(٣) ذكره الحَصيري في قاعدة: "التبع لايظهر مع ظهور الأصل"، «التحرير في شرح الجامع الكبير» للإمام جمال الدين الحصيري، ورق ٥/ ٥٢٠.

(٤) وقال قاضي خان في ص ١٣٩١: "التبع لايزاحم الأصل، لانعدام المساواة بينهما".

والثالث: أن الزيادة متى صحت، ينقسم الثمن عليها وعلى الأصل على اعتبار القيمة، فتعبر قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، تعتبر قيمة كل واحد منهما وقت سبب الضمان، وسبب الضمان في حق الأصل العقد، وفي الزيادة القصدية [يوم][1]الزيادة، وفي الولد الحادث قبل القبض، تعتبر قيمته يوم قبض المشتري، لأن سبب الضمان في حقه، هو القبض.

إذا عرفنا هذا، قال محمد رحمه الله:

رجل اشترى جاريةً تساوي ألفا بألف، فولدت قبل القبض ولدا قيمتُه ألف درهم، ثم زاد البائع غلاما يساوي ألفا، ثم صارت قيمة الولد ألفَي درهم، ثم قبضهم المشتري، ونقَد الثمن، فإن الثمن يقسّم على الجارية والغلام نصفين لما قلنا، ولايعتبر الولد.

ثم ما أصاب الأمّ يقسّم عليها، وعلى ولدها أثلاثا، لأن قيمة الجارية يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم القبض ألفان، فلهذا تقسّم حصة الجارية[2] عليها وعلى ولدها أثلاثا، فصار في الغلام نصف الثمن، وفي الجارية سدس الثمن، وفي الولد ثلث الثمن، فبأيّهم وُجد عيبا، ردّه بقسطه من الثمن.

ولو لم تلِد الجارية، ولكن كانت عينها بيضاء، فانجلى البياض من عينها[3]، فصارت تساوي ألفي درهم، فجاء عبد يساوي ألفا، وضرب عينها، فعاد بياضها، ودُفِع العبد

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

(٢) وفي (ج) و (د): "الأمّ".

(٣) قوله: "من عينها" ساقط من النسخ الأخرى.

بالجناية، فالعبد المدفوع بمنزلة الولد، لأنه قام مقام انجلاء البياض، وانجلاء البياض كان زيادة متصلة، لا قسط لها من الثمن، فإذا زالت، ودفع العبد بها، صارت زيادة منفصلة، فصار هو والولد سواء، يقسّم الثمن على الأصل والزيادة القصدية، تعتبر في الانقسام[1] قيمة الأصل يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة.

ثم ما أصاب الجارية يقسم عليها وعلى العبد المدفوع، تعتبر قيمته يوم قبض المشتري، ولا ينظر إلى الزيادة والنقصان فيما بين ذلك.

وطعن القاضي أبو حازم رحمه الله، فقال: يجب أن تعتبر قيمته يوم الدفع، لأنه صار مقصودا بالدفع، فتعتبر قيمته يوم الدفع، كما تعتبر قيمة الزيادة القصدية يوم الزيادة.

والجواب عنه أن العبد الجاني بالدفع[2] قام مقام الفائت، فصار الدفع في حقه كالولادة في حق الولد، فلا يكون له قسط من الثمن ما لم يقبضه المشتري.

ولو هلكت الجارية بعد الولادة، أو بعد ما دفع العبد بالجناية، ثم زاد البائع في المبيع دابّة أو غلاما يساوي ألفا، صحّت الزيادة، لأن العقد يبقى ببقاء الولد، أو العبد المدفوع بالجناية، فصحت الزيادة لبقاء البيع، ويعتبر الولد مزيدا عليه، بخلاف ما إذا زاد في البيع[3] حال قيام الجارية، حيث لا يعتبر الولد والعبد الجاني مزيدا عليه، حتى لا يكون له قسط

---

(١) قوله: "في الانقسام" ساقط من (ا) و (ب).

(٢) وفي (ج) و (د): "العبد المدفوع".

(٣) "في البيع" ساقط من (ا).

من الثمن[1]، لأن الولد تبع، فلايزاحم الأصل.

وإذا هلك الأصل، صار الولد والعبد الجاني أصلا، فيعتبر مزيدا عليه، وإذا صحت الزيادة يقسّم الثمن على قيمة الجارية يوم العقد، وعلى قيمة الولد أو المدفوع بالجناية[2] يوم القبض.

ثم تسقط حصّة الجارية عن المشتري لهلاكها قبل القبض، بقيت حصة الولد أو العبد الجاني[3]، ثم تقسم حصة الولد على الولد وعلى الزيادة القصدية، تعتبر الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد والعبد الجاني[4] يوم قبض المشتري، حتى لو هلكت الزيادة القصدية، هلكت بحصتها من الثمن، ويخيّر المشتري إن شاء أخذ الولد أو العبد ا لجاني بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، لأن الزيادة القصدية إذا صحت، تصير مبيعا قصدا، فإذا هلكت الزيادة قبل القبض، فقد هلك بعض المبيع قبل القبض، فيخيّر [المشتري][5].

ولو هلك الولد، أو العبد الجاني قبل القبض، ينفسخ البيع، لأن الولد، أو العبد الجاني يعتبر مبيعا على تقدير بقاءه إلى وقت القبض، فإذا هلك قبل القبض جعل كان لم يكن.

---

(١) قوله: "حتى لا يكون له قسط من الثمن" ساقط من النسخ الأخرى.

(٢) "بالجناية" ساقط من النسخ الأخرى.

(٣) "الجاني" ساقط من النسخ الأخرى.

(٤) سقطت عبارة طويلة من قوله: "ثم تقسم حصة الولد" في (ج) و (د).

(٥) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

ولو لم يكن ينفسخ البيع بهلاك الجارية قبل القبض، فكذا إذا ولدت، وهلك الولد قبل القبض، وإذا انفسخ البيع، ظهر أن البائع زاد في المبيع بعد انفساخ البيع، فلايصح، فلهذا كان له أن يستردّ الزيادة.

ولو اشترى جاريتين تساوي كل واحدة ألفا بألفي درهم صفقةً واحدة، فولدت إحداهما ولدا، وهلكت الوالدة، وبقي الولد، ثم أن البائع زاد في المبيع دابّة تساوى ألفا، صحت الزيادة، لأنها صادفت مزيدا عليه، فإن قبضهم المشتري، وقيمة الولد ألفان، فوجد بأحدهم عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

وطريق معرفة الحصّة أن يقسم الثمن أوّلا على الجاريتين نصفين، لاستواءهما في القيمة، ثم ما أصاب الوالدة، وهو ألف، انقسم عليها وعلى ولدها أثلاثا، لأن قيمة الجارية كانت يوم العقد ألفا، وقيمة ولدها يوم القبض ضعف ذلك، فتحوّل إلى الولد ثلثا الألف، وهو ستمائة وستة وستون وثلثان، وبقي ثلث الألف في الوالدة، وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

فإذا هلكت الجارية سقطت[1] حصتها، وبقى علي المشتري ألف وستمائة وستة وستون وثلثان، فإذا زاد البائع دابة تساوي ألفا، والزيادة في البيع شرعت لرفع غَبن تمكن في الثمن، فجعل الزيادة القصدية على الولد والجارية الأخرى على قدر ما فيها من الثمن، والباقي من الثمن في الجارية الحية ألف، وفي الولد ستمائة وستة وستون وثلثان، فالتفاوت بينهما قدر ثلث الألف، فاجعل كل ثلث سهما، فصار ما في الجارية ثلاثة

(١) "سقطت" ساقط من (ا) و (ب).

أسهم، وما في الولد سهمان، فانقسمت الزيادة القصدية عليهما أخماسا، ثلاثة أخماسها بإزاء الجارية، وخمساها بإزاء الولد.

ثم يقسم ما في الجارية الحية، وهو ألف، عليها وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على قدر قيمتها، وقيمة الجارية ألف، وقيمة ثلاثة أخماس الزيادة ستمائة، فاجعل كل مائتي درهم سهما، فكانت الجارية خمسة أسهم، وثلاثة أخماس الزيادة ثلاثة أسهم.

وتكون جملة ذلك[1] ثمانية أسهم، فيقسّم ما في الجارية، وهو ألف، عليها وعلى ثلاثة أخماس الزيادة على ثمانية أسهم، فتنتقل ثلاثة أثمان الألف، وهو ثلاثمائة وخمسة وسبعون إلى ثلاثة أخماس الزيادة، وبقي في الجارية خمسة أثمان الألف، وهو ستمائة وخمسة وعشرون.

ويقسم ما في الولد، وهو ثلثا الألف على الولد، وعلى خمسي الزيادة على قدر قيمتهما، وقيمة الولد ألفان، وقيمة خمسي الزيادة أربعمائة، فاجعل كل أربعمائة سهما، فكان الولد خمسة أسهم، وخمسا الزيادة سهما واحدا.

ويقسم ما في الولد من الثمن، وهو ثلثا الألف على الولد، وعلى خمسي الزيادة على ستة أسهم، خمسة في الولد، وسهم في خمسي الزيادة.

وإذا جعلنا ثلثي الألف، وهو ستمائة وستة وستون وثلثان على ستة أسهم، كان كل سهم مائة وأحد عشر وتسعا، فينتقل إلى خمسي الزيادة سهم واحد من ستة أسهم[2]،

---

(١) وفي (ج) و (د): "فجملته ثمانية".

(٢) العبارة في (ج) و (د): "سهم من ستة".

وبقي في الولد خمسة أسهم، وهو خمسمائة وخمسة وخمسون، وخمسة أتساع.

فالزيادة القصدية مرّة انتقل إليها من الجارية الحيّة ثلاثمائة وخمسة وسبعون، ومرّة انتقل إليها من الولد مائة وأحد عشر وتسع، فكان جملة ما انتقل إلى الزيادة أربعمائة وستة وثمانون وتسع، وفي الولد خمسائة وخمسة وخمسون، وخمسة أتساع، وبقي في الجارية حمسة أثمان الألف. وهو ستمائة وخمسة وعشرون، فبأيّهم وجد عيبا، ردّه بحصته من الثمن.

وإن هلك الولد قبل القبض يخيّر المشتري، إن شاء أخذ الجارية، والزيادة القصدية بألف، وإن شاء ترك، لأن الولد لما هلك قبل القبض، صار كأن لم يكن، وتبيّن أن الوالدة هلكت بألف، فبقيت الزيادة القصدية زيادةً على الجارية الحية، لا غير، فيأخذهما بألف، ويخيّر المشتري لتفرّق الصفقة بهلاك الجارية قبل التمام.

ولو ماتت الجارية الأخرى، والولد حيّ، وقيمته ألف، أخذ الولد والزيادة القصدية بتسعمائة.

ووجه ذلك أن يقسّم الثمن أوّلا على الجاريتين نصفين، لاستواء قيمتهما، فإذا ولدت إحداهما ولَدا قيمته ألف يوم القبض، انقسم ما في الوالدة من الثمن، وهو ألف، عليها وعلى الولد نصفين، فإذا هلكت الأم هلكت بخمسمائة، وبقي الولد والجارية الأخرى بألف وخمسمائة.

فإذا زاد في البيع دابة تساوي ألفا، انقسمت الزيادة [ألفا][1] على الولد والجارية

(١) مابين المعكوفتين زيادة من (ج) و (د).

الأخرى أثلاثا على قدر ما فيهما من الثمن، فصار ثلث الزيادة زيادةً على الولد، وثلثاها زيادةً على الجارية.

ثم يُقسّم ما في الولد، وهو خمسمائة، عليه وعلى ثلث الزيادة، على قدر قيمتها أرباعا، فانتقل من الولد إلى ثلث الزيادة رُبع الخمسمائة، وهو مائة وخمسة وعشرون، وبقي في الولد ثلاثمائة وخمسة وسبعون.

ويقسّم ما في الجارية الأخرى، وهو ألف، عليها وعلى ثلثي الزيادة، على قدر قيمتها أخماسا، فانتقل إلى الزيادة خمسا الألف، وهو أربعمائة، وبقي في الجارية ستمائة.

فإذا هلكت الجارية، سقط بهلاكها ستمائة، وبقي في الولد والزيادة القصدية تسعمائة، يأخذ هما بذلك إن شاء.

وإن هلكت الزيادة القصدية، وبقي الولد مع الجارية الأخرى، يأخذهما بتسعمائة وخمسة وسبعين إن شاء، لأن في الولد ثلاثمائة وخمسة وسبعين، وفي الجارية ستمائة، فيأخذهما بذلك إن شاء، ولو كان مكان الولد عبد، ودفع بعينها، فحكمه حكم الولد، لما قلنا. والله أعلم بالصواب.

أبواب المجلد الثاني

بقية أبواب الأيمان